

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL ECUADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
ESCUELA DE DERECHO**

**DISERTACION PREVIA A LA OBTENCIÓN
DEL TÍTULO DE ABOGADA**

**“INCORPORACIÓN DE NORMAS RESPECTO AL PUNTO DE EQUILIBRIO
Y A LA TOMA DE DECISIONES EN RELACIÓN AL CONTRATO DE
FIDEICOMISO MERCANTIL INMOBILIARIO, PARA ALCANZAR UN
CONTROL EFICAZ Y TRANSPARENCIA EN LA EJECUCIÓN DEL
CONTRATO”**

MARÍA ISABEL ARBOLEDA ROMERO

**DIRECTORA
AB. VERÓNICA ARTEAGA**

QUITO, FEBRERO 2014

AGRADECIMIENTO

A Dios, por ser mi guía; a mis padres Félix Arboleda y Nancy Romero; quienes han estado siempre apoyándome con todos sus cuidados, cariños, paciencia, enseñanzas y ejemplo de vida; a mis hermanos, Diana, Félix, Natalia y Jacobo, por impulsarme a seguir adelante; a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, a la Superintendencia de Compañías, a mis maestros y a todos aquellos de quién he aprendido algo.

DEDICATORIA

Dedico este trabajo a Dios y a mi familia, especialmente a mis padres Félix Arboleda y Nancy Romero; y, a mis hermanas y hermanos Diana, Félix, Natalia y Jacobo.

Quito, 13 de Enero de 2014

Señora Doctora
Ivette Haboud B.
SECRETARIA DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
Pontificia Universidad Católica del Ecuador
Presente

De mi consideración:

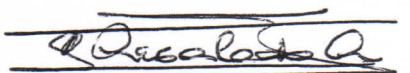
Mediante Oficio No. 725-SJG-13 de 16 de diciembre de 2013, pone en mi conocimiento que de acuerdo con el Reglamento de Grados vigente, he sido designado Profesor Informante de la Disertación de Licenciatura "INCORPORACIÓN DE NORMAS RESPECTO DEL PUNTO DE EQUILIBRIO Y LA TOMA DE DECISIONES EN RELACIÓN AL CONTRATO DE FIDEICOMISO MERCANTIL INMOBILIARIO PARA ALCANZAR UN CONTROL EFICAZ Y TRANSFERENCIA DE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO" elaborada por la señorita MARÍA ARBOLEDA ROMERO, previo a la obtención del título de Licenciada.

Al respecto cumpla con informar lo siguiente:

En el trabajo objeto del presente informe, a lo largo de los tres capítulos que lo conforman, así como en el análisis del Hecho Subsecuente, y en los apartados referidos a las Conclusiones y Recomendaciones, la tesista aborda con prolijidad el tema de la inclusión de cláusulas específicas, que si bien resultan ajenas a la naturaleza misma del contrato de fideicomiso mercantil inmobiliario, permiten en la práctica suplir la ausencia de normas legales que garanticen la seguridad del contrato, bajo la denominación de puntos de equilibrio, en los que se incluyen aspectos de carácter técnico, financiero y jurídico, con lo cual se asegura la construcción del inmueble dentro de un período preestablecido, a la vez que otorga certeza a los terceros interesados en el proyecto inmobiliario al amparo del instrumento jurídico de la referencia.

Salvo el mejor criterio del señor Decano de la Facultad de Jurisprudencia, me permito imponer al presente trabajo la calificación de NUEVE.

Atentamente,


Dr. Diego Regalado Almeida
PROFESOR

14/01/14

Quito, 10 de diciembre de 2013

Señor doctor
Santiago Guarderas Izquierdo
DECANO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
Presente.-

De mi consideración:

Me cumple con el presente referirme al oficio No. 710-SJG-13, de 28 de noviembre de 2013, suscrito por la Dra. Ivette Haboud B., Secretaria de la Facultad de Jurisprudencia, quien a nombre suyo, me comunica que he sido designado Profesor informante de la disertación intitulada: "INCORPORACIÓN DE NORMAS RESPECTO DEL PUNTO DE EQUILIBRIO Y LA TOMA DE DECISIONES EN RELACIÓN AL CONTRATO DE FIDEICOMISO MERCANTIL INMOBILIARIO PARA ALCANZAR UN CONTROL EFICAZ Y TRANSPARENCIA EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO", elaborada por la señorita María Isabel Arboleda Romero, previo a la obtención del título de Licenciada en Ciencias Jurídicas, para informarle que la disertación, se conforma de tres capítulos, redactados en 123 páginas incluida la bibliografía, de la siguiente manera:

El Capítulo I, con el título "EL CONTRATO DE FIDEICOMISO MERCANTIL INMOBILIARIO Y SUS LIMITES JURIDICOS", se inicia con el análisis jurídico efectuado a partir de la determinación del valor de la costumbre dentro del ordenamiento jurídico, y en particular en el ordenamiento comercial, según el cual la costumbre tiene valor vinculante cuando se cumplen los presupuestos del Art. 4 del Código de Comercio, y en esa perspectiva se alude al origen extra estatal de la costumbre y la actuación del Estado ante una laguna jurídica, teniendo presente que no corre la costumbre contra ley, los principios generales de derecho en el derecho público y privado, las diferencias entre constituyentes y los beneficiarios en el fideicomiso; las normas jurídicas aplicables a las entidades autónomas, descentralizadas, como el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Centralización; la Ley de Compañías, la Ley de Mercado de Valores, la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero; la Codificación de las Resoluciones del

Consejo Nacional de Valores; la Ley de Contratación Pública; bajo esos presupuestos se toman en consideración los principios de derecho privado plasmados en las normas que rigen a los constituyentes beneficiarios los elementos esenciales del contrato; la autonomía de la voluntad privada e igualdad; el contrato como fuente de obligaciones; entre los elementos del contrato (los de la esencia; de su naturaleza jurídica; y, accidentales); el contrato como ley para las partes. Luego la disertante se introduce al estudio del contrato de fideicomiso a través de la definición del Art. 109 de la Ley de Mercado de Valores, que nos informa que: "Por el contrato de fideicomiso mercantil una o más personas llamadas constituyentes o fideicomitentes transfieren, de manera temporal e irrevocable, la propiedad de bienes muebles o inmuebles corporales o incorporeales, que existen o se espera que existan, a un patrimonio autónomo, dotado de personalidad jurídica para que la sociedad administradora de fondos y fideicomisos, que es su fiduciaria y en tal calidad su representante legal, cumpla con las finalidades específicas instituidas en el contrato de constitución, bien en favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario". Se deja en claro en el capítulo, que tanto el constituyente como la fiduciaria son partes en el contrato, en tanto que al beneficiario se lo considera como tercero, se analiza el rol de cada una de las partes negócias. Finalmente, el numeral 3 del artículo 17, de la sección IV, capítulo I, título V de la Codificación de las Resoluciones del Consejo Nacional de Valores, establece que en esta modalidad los bienes que se transfiere al patrimonio autónomo son inmuebles, debido a que lo que se pretende realizar es un proyecto inmobiliario, pero eventualmente podrían no ser bienes inmuebles; el fiduciario por cierto, no garantiza resultados en su rol de administrador del patrimonio autónomo, en base a las instrucciones del fideicomitente.

El Capítulo II, se contrae al estudio de "LA EFICACIA DE LAS NORMAS DE CONTROL Y DE PROTECCIÓN A LAS PERSONAS DENTRO DEL AREA DE INFLUENCIA DEL NEGOCIO", luego de la determinación de la naturaleza jurídica del contrato de fideicomiso inmobiliario, se subraya el hecho de que únicamente los beneficiarios del negocio fiduciario pueden ceder sus derechos, siempre que no esté prohibido por la Ley o por el contrato; de su lado, el fideicomitente debe efectuar la transferencia de dominio de los bienes para constituir el patrimonio autónomo, y con ese motivo son responsables del saneamiento por evicción y vicios redhibitorios sobre los mismos; las partes de igual modo responden por la licitud del contrato; el constituyente debe pagar los honorarios a la fiduciaria, por las obligaciones que consten en el contrato; el fideicomitente tiene derecho adicionalmente a exigir al fiduciario el cumplimiento de las finalidades establecidas en el

contrato, la rendición de cuentas; ejercer las acciones de responsabilidad civil o penal a que hubiera lugar, en contra del fiduciario por dolo o culpa leve en el desempeño de su gestión; el derecho de designar al beneficiario; limitar la cesión de derechos del beneficiario; cuando el constituyente es una entidad del sector público el objeto puede ser la administración de recursos destinados al pago de la obligación derivadas de contratos estatales; administración o enajenación de activos de la entidad pública constituyente, a través del fideicomiso mercantil o fondo colectivo.

El capítulo se complementa con los principios de control interno para el fideicomiso mercantil inmobiliario, como el que previene que el exigir garantías reduce el riesgo de pérdida; el realizado por los partícipes; el control interno desplegado por la fiduciaria, y, eventualmente, por el constituyente y el beneficiario; luego se habla del control externo a cargo del beneficiario de alguna manera, este control se caracteriza, según la disertación, cuando es no es estatal, como el que lo realizan bajo el principio de igualdad, por quienes no estén vinculados a ninguna de las actividades llevadas a cabo directamente por la fiduciaria; en el control estatal el ente controlador impone su poder de imperio, hace efectiva la garantía del derecho de reparación a los perjudicados por el fideicomiso, al efecto los perjudicados pueden formular sus denuncias en primera instancia ante la Superintendencia de Compañías y, en segunda, aunque no se dice en el estudio, procede ante el Consejo Nacional de Valores.

El Capítulo III, nos introduce en el análisis de "LOS REQUERIMIENTOS LEGALES PARA EL DESARROLLO DEL PROYECTO Y LA CLARIDAD EN LAS NORMAS QUE RIGEN LA TOMA DE DECISIONES COMO GARANTÍA DE LA CORRECTA EJECUCIÓN DEL CONTRATO Y LA DETERMINACIÓN DE RESPONSABILIDADES", a partir del planteamiento de la necesidad de establecer la viabilidad técnica y financiera del proyecto aplicando técnicas de otras ciencias, más la planificación y el control. En la etapa de celebración del contrato de compraventa, la fiduciaria debe destinar más tiempo, esfuerzo personal y profesionalismo, para poder cubrir todas las actividades que el desarrollo del proyecto inmobiliario requiera, pues en otras fases no se requiere mayor movimiento; para un mejor servicio se requiere observar ciertos parámetros técnicos y financieros, disminuir riesgos, optimizar recursos, prevenir gastos innecesarios, desperdicio de material, contar con una provisión adecuada, tener suficiente liquidez, y, ejecutar el proyecto de manera eficiente.

Entre las ventajas que proporciona el fideicomiso se señala la separación de patrimonios, ya que al tener personalidad jurídica el fideicomiso, responde únicamente por sus obligaciones; en el caso de que el constituyente tenga deudas con terceros, éstos no podrán cobrar en dicho patrimonio.

Para la ejecución del proyecto se debe contar con la autorizaciones de las autoridades respectivas; planos aprobados; que la propiedad de los inmuebles le corresponda al fideicomiso; que el fideicomiso haya celebrado el contrato de construcción respectivo; que el fideicomiso haya contratado un fiscalizador; que cuente con un financiamiento adecuado; que se supervigile las etapas; buscar el punto de equilibrio del proyecto, entendiéndose por tal, el nivel de producción en el que los beneficios por ventas son exactamente iguales a la suma de los costos fijos y las variables, por cierto, existe la obligación que en el fideicomiso se incluyan cláusulas respecto del punto de equilibrio, es decir sobre los parámetros que deben ser observados antes del inicio de las construcciones; las responsabilidades de la fiduciaria, desde luego, se excluyen por fuerza mayor o caso fortuito.

En el fideicomiso se pueden incluir cuerpos colegiados, como la junta de beneficiarios, pero eso no releva a la fiduciario de responsabilidad. El contrato de otro lado, puede reformarse acorde con lo previsto en el contrato de fideicomiso; en uno y otro caso, con instrucciones claves a la fiduciaria.

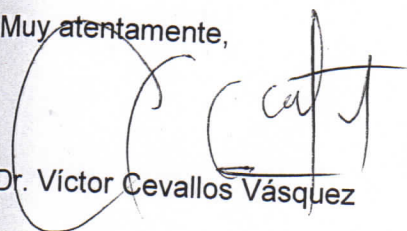
En la investigación también se toma en cuenta la Resolución CNV-006-2013, publicada en el R.O. No. 87 de 24 de septiembre de 2013, que entre otras cosas dispone que las fiduciarias no podrán destinar el dinero recibido de los promitentes compradores para otro proyecto o para otra etapa del mismo proyecto, ni distraerlos para fines distintos al objeto específico para el cual fueron entregados.

Por fin, entre las recomendaciones más relevantes consta que, a las fiduciarias se les establezca límites en cuanto a la cantidad de negocios fiduciarios que puedan administrar a la vez; y que de manera obligatoria se incluya en los contratos de fideicomiso, en las cesiones de derechos fiduciarios, en las reformas al contrato y en las adhesiones, una advertencia expresa que en caso de que falle la condición operará la restitución al constituyente.

Para terminar el informe, comunico al señor Decano, que el trabajo efectuado en la disertación es de interés, podría haberse efectuado con mayor sistematización, en él se cita una buena bibliografía, por lo que le asigno la nota de 9 puntos sobre diez.

Del señor Decano con las seguridades de mi más alta consideración, me suscribo.

Muy atentamente,



Dr. Víctor Cevallos Vásquez

PROFESOR INFORMANTE

REPUBLICA DEL ECUADOR
DIRECCION GENERAL DE REGISTRO CIVIL
IDENTIFICACION Y CEDULACION

CEDULA DE CIUDADANIA No. 171687977-B

ARBOLEDA ROMERO MARIA ISABEL
PICHINCHA/QUITO/SANTA PRISCA
07 AGOSTO 1987
004-C 0022 02451 F
PICHINCHA/QUITO
GONZALEZ SUAREZ 1987

Maria Isabel Arboleda
FIRMA DEL CEDULADO



EQUATORIANA***** E134112442

SOLTERO
SECUNDARIA ESTUDIANTE
JOSE FELIX ARBOLEDA
NANCY MAGDALENA ROMERO
QUITO 31/10/2005
31/10/2017
REN 1676514
Pch



FIRMA DE LA AUTORIDAD
FUI GAB DERECHO

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
 CAPITULO I EL CONTRATO DE FIDEICOMISO MERCANTIL INMOBILIARIO Y SUS LÍMITES JURÍDICOS	 4
1.1. Las lagunas jurídicas y la costumbre	
1.1.1. La ausencia de regulaciones estatales frente a la costumbre como fuente del derecho mercantil	4
1.1.2. El origen extra estatal de la costumbre y la actuación del Estado ante una laguna jurídica	8
1.1.3. Circunstancias que determinan la necesidad de regular comportamientos reiterados	12
1.2. Los principios de derecho privado en relación a las diferencias entre Constituyentes y Beneficiarios	16
1.2.1. La dicotomía entre los principios base del derecho privado y los principios de derecho público	16
1.2.2. Los principios de derecho privado plasmados en las normas que rigen a los constituyentes y beneficiarios como elementos esenciales del contrato	19
1.2.3. Las distintas implicaciones jurídicas entre Constituyentes y Beneficiarios y, la eventual confusión de tales calidades	23
1.3. Responsabilidad de la fiduciaria frente al patrimonio autónomo de Fideicomisos Mercantiles Inmobiliarios y sus riesgos	27
1.3.1. La sociedad anónima administradora de fideicomisos como representante legal y administradora de patrimonios autónomos	27
1.3.2. El patrimonio autónomo como persona jurídica independiente respecto a su fiduciaria, constituyente/s y beneficiario/s	31
1.3.3. Administración de los activos y pasivos del patrimonio autónomo en base a instrucciones	34
 CAPITULO II LA EFICACIA DE LAS NORMAS DE CONTROL Y DE PROTECCION A LAS PERSONAS DENTRO DEL ÁREA DE INFLUENCIA DEL NEGOCIO	 39
2.1. Las partes contratantes en el control interno de la ejecución del contrato	39
2.1.1. Los derechos y responsabilidades de las partes contratantes derivada de su capacidad para contratar y obligarse	39

2.1.2. Mecanismos internos tendientes a salvaguardar y dar cumplimiento a lo establecido en el contrato y demás normas de carácter general	44
2.1.3. La participación en el control interno de entes distintos a las partes que intervinieron en la celebración del contrato de fideicomiso	46
2.2. La importancia de la aplicación de controles externos no estatales para el beneficiario	48
2.2.1. El beneficiario como elemento básico del contrato frente a la independencia e imparcialidad en el control	48
2.2.2. Implicaciones de los aportes a título de fideicomiso mercantil y de la cesión de derechos de beneficiario	51
2.2.3. El principio de igualdad que rige entre quienes llevan a cabo el control externo no estatal y el fideicomiso mercantil. Mecanismos de control que emplean.	55
2.3. La protección a terceros derivada del control por parte del sector público	58
2.3.1. Alcance de la facultad de imperio que tiene el Estado en contraposición con los límites dados por el principio de legalidad para llevar a cabo labores de control	58
2.3.2. La facultad sancionadora del Estado frente a la necesidad de reparación del perjudicado de la ejecución de un contrato de fideicomiso mercantil inmobiliario	60
2.3.3. Acciones que pueden tomar en defensa de sus derechos las personas que no intervienen en el contrato de fideicomiso mercantil	62
 CAPITULO III LOS REQUERIMIENTOS LEGALES PARA EL DESARROLLO DEL PROYECTO Y LA CLARIDAD EN LAS NORMAS QUE RIGEN LA TOMA DE DECISIONES COMO GARANTIA DE LA CORRECTA EJECUCION DEL CONTRATO Y LA DETERMINACION DE RESPONSABILIDADES	 64
3.1. La costumbre de establecer en el contrato requisitos técnicos y financieros para la ejecución del proyecto inmobiliario frente a la obligación legal de hacerlo	64
3.1.1. La importancia de establecer la viabilidad técnica y financiera del proyecto antes de su ejecución, aplicando técnicas de otras ciencias	64
3.1.2. Los requisitos mínimos de calidad que se deben observar para la construcción y la provisión oportuna y suficiente de financiamiento	68
3.1.3. La obligación legal de incluir cláusulas respecto al punto de equilibrio y su verificación	72
3.2. La decisión de reformar el contrato y el alcance de las decisiones de los cuerpos colegiados	76
3.2.1. La posibilidad de establecer cuerpos colegiados en el contrato de	76

fideicomiso mercantil inmobiliario y su finalidad	
3.2.2. Los límites a las estipulaciones contractuales respecto al funcionamiento de los cuerpos colegiados y del procedimiento de reforma del contrato	79
3.2.3. El procedimiento de reforma como elemento fundamental del contrato y las formalidades a las que está sujeto	82
3.3. Las implicaciones y requerimientos legales de la fase de ejecución del proyecto inmobiliario y liquidación del fideicomiso	85
3.3.1. La claridad en las instrucciones para la ejecución del proyecto inmobiliario y para la restitución de bienes como medio para establecer responsabilidades	85
3.3.2. La obligación del Estado de proteger derechos y mantener el orden público a través del establecimiento de requerimientos jurídicos entorno a la ejecución de proyectos inmobiliarios y la extinción del patrimonio autónomo	90
3.3.3. Los requerimientos normativos a los que están sujetas las fases de ejecución del proyecto inmobiliario y terminación del contrato de fideicomiso mercantil inmobiliario	93
 HECHO SUBSECUENTE	
Expedición de la Resolución CNV-006-1013	97
 CONCLUSIONES	111
 RECOMENDACIONES	116
 BIBLIOGRAFÍA-FUENTE	118
 ANEXO	123

ABSTRACT

Una práctica común entre quienes estructuran contratos de Fideicomiso Mercantil Inmobiliario, ha sido el incorporar en el contrato, bajo el título de “*punto de equilibrio*”, ciertas condiciones de carácter técnico, financiero y legal, sin las cuales no se podrá arrancar con la ejecución del contrato o no se podrá utilizar dinero entregado por terceros.

Asimismo, argumentando el principio de la autonomía de la voluntad, los contratantes estipulan quién estará llamado a verificar el cumplimiento de los parámetros establecidos en el contrato, recayendo por lo general esta responsabilidad en alguien que, debido a sus funciones incompatibles, no podría ser del todo imparcial. En consecuencia, los controles estatales y no estatales se ven limitados, incrementándose innecesariamente los riesgos al no contar con una estructura contractual que asegure el cumplimiento de condiciones para continuar con la ejecución del contrato.

Debido a la flexibilidad propia del contrato de fideicomiso mercantil y a la falta de claridad respecto a ciertos conceptos jurídicos y sus implicaciones, las partes contratantes al momento de establecer, las instrucciones para la fiduciaria, el alcance de las atribuciones de los cuerpos colegiados, etc., establecen situaciones donde se generan conflictos de interés que en algunos casos entorpecen el negocio. También se dan los casos en que se estipulan obligaciones y atribuciones que a primera vista parecerían apegadas a las normas pero que no lo están.

Respecto a esta problemática, el Consejo Nacional de Valores ha considerado pertinente emitir algunas normas, particular que también ha sido considerado como parte del presente trabajo.

OBJETIVOS

General

Estudiar las normas jurídicas que rigen el contrato de Fideicomiso Mercantil Inmobiliario con el fin de evaluar su eficacia, tanto en el control a lo largo de la ejecución del contrato como en la protección y garantía de derechos, para así poder proponer las reformas adecuadas, de ser el caso.

Específicos

-Determinar si son suficientes las normas actuales del ordenamiento jurídico, en relación al contrato de Fideicomiso Mercantil Inmobiliario; como para dejar únicamente a la voluntad de las partes, a la costumbre y al mercado, la posibilidad de suplir vacíos normativos.

-Determinar la eficacia de las normas de control y de protección a las personas dentro del área de influencia directa del negocio derivadas del contrato de Fideicomiso Mercantil Inmobiliario.

-Conocer si las normas que rigen la toma de decisiones en el Fideicomiso Mercantil Inmobiliario y los requerimientos legales, para el desarrollo del proyecto, objeto del fideicomiso, son suficientes para garantizar la transparencia a lo largo de la ejecución del contrato.

HIPÓTESIS

“La insuficiente normativa actual en relación al contrato de Fideicomiso Mercantil Inmobiliario; pondría en riesgo a las personas dentro del área de influencia directa del negocio dificultando las labores de control tendientes a dotar de mayor seguridad al contrato; por lo que se requeriría un mayor desarrollo normativo respecto al punto de equilibrio y a la toma de decisiones.”

INTRODUCCIÓN

Aproximadamente a partir del año 2008 el sector inmobiliario en el país ha experimentado un acelerado crecimiento, ante lo cual se vuelve indispensable poner atención en temas que no han sido del todo clarificados o resueltos y que aún representan conflictos y riesgos recurrentes en la ejecución de los contratos; todo esto a pesar de que en los últimos tiempos ha existido un gran avance en cuanto a las normas relacionadas con el mercado de valores y los negocios fiduciarios. Asimismo, otros problemas que van surgiendo por la evolución progresiva de las condiciones sociales y económicas requieren ser abordados y resueltos.

Ecuador, a lo largo de su historia se ha caracterizado por ser un país sin doctrinas propias, es así como gran parte de su sistema normativo corresponde a doctrinas generadas en otros países y por consiguiente elaboradas para diferentes realidades.

De este modo, el ordenamiento jurídico ecuatoriano cuenta con normas que al regular un mismo ámbito, desafortunadamente no responden a una misma doctrina o línea de pensamiento, lo que se traduce en tener un sistema difícil de entender, poco práctico y en algunos casos hasta inaplicable; lo que a su vez lo vuelve vulnerable a la corrupción y dificulta el poder uniformizar criterios respecto a ciertos temas trascendentales.

Ante esa ausencia de doctrinas propias y a la adopción y adaptación de normas extranjeras plasmadas en diversos cuerpos normativos, varios conceptos jurídicos básicos en relación al fideicomiso mercantil que están claramente definidos en la Ley de Mercado de Valores, se han tornado ambiguos incluso para los profesionales del derecho, debido a la falta de precisión en ciertos aspectos, la fuerza de la costumbre y el surgimiento de situaciones no previstas. Lo que, sumado a la flexibilidad propia del contrato de fideicomiso, ha facilitado que se produzcan interpretaciones y aplicaciones erróneas de las normas, convirtiendo a esa flexibilidad en un arma de doble filo, al mismo tiempo que ha evidenciado la existencia de lagunas normativas.

Así, la mayoría de las personas no entiende el alcance y las implicaciones de los contratos que celebra, debido a la falta de claridad en las normas que regulan las diferentes instituciones jurídicas; situación que se agrava ante los ambiguos y complicados términos usados con frecuencia en la redacción de los contratos. Es decir, que la gente asume riesgos sin tener la información suficiente ni conocer la magnitud de sus consecuencias, lo que se torna evidente cuando las partes contratantes encuentran aparentes incongruencias entre lo pactado y lo ejecutado, propiciándose así la desconfianza entre la gente, misma que retrasa el desarrollo.

Aunque existen numerosas personas y empresas que actúan responsablemente en cuanto a sus negocios se refiere, hay otras que no actúan de la misma manera y que en lugar de aprovechar la flexibilidad del contrato de fideicomiso mercantil inmobiliario para solventar falencias del sistema a través de estipulaciones contractuales, únicamente se preocupan por sacar la mayor ventaja posible, lo que no sería censurable hasta que ponen en riesgo intereses de terceros por un inadecuado y poco transparente manejo, que termina por desnaturalizar el contrato, arriesgándose constantemente a ser sancionados.

La gente exige mayores controles en el sector inmobiliario, sin tomar en cuenta que la confiabilidad en el contrato no solo depende de los controles estatales sino en gran medida de la voluntad de las partes involucradas en los contratos, por lo que no se conseguirá plantear soluciones idóneas si no se toma en cuenta que es legítimo que las personas busquen maximizar beneficios y que la actuación del Estado, entre otros factores, está limitada por el principio de legalidad.

Pero la falta de control y transparencia en el manejo de los negocios son problemas que no solo han afectado al Ecuador sino que han sido comunes alrededor del mundo. Así, podemos recordar algunos acontecimientos emblemáticos como el caso de la compañía Enron, ocurrido décadas atrás, y otros más recientes como las crisis inmobiliarias de Estados Unidos y España, sin olvidar la crisis por la que atraviesa Grecia, y que constituyen eventos que inevitablemente marcan la historia debido a su enorme costo

social. Consecuentemente, se vuelve indispensable que las normas contemplen mecanismos de control y protección a terceros.

Es así como, tras comprender que el buen o mal manejo de los negocios tiene una onda expansiva muy grande sobretodo en el mundo globalizado en el que vivimos; van tomando fuerza temas que surgieron muchos años atrás y que hasta hoy el mundo los comienza a tratar como indispensables para el desarrollo, como por ejemplo la “Responsabilidad social empresarial”¹ y el “Gobierno Corporativo”².

Bajo este escenario, se busca que los inversionistas y las empresas actúen de forma transparente y eficiente, de modo que; a más de mantener estándares de calidad, contar con normas de autocontrol y obtener utilidades; se preocupen por la sociedad. Igualmente, se espera que el Estado intervenga a través de un control eficaz, realizado de tal forma que respete y garantice las libertades individuales.

¹Kofi Annan, Secretario General de las Naciones Unidas, en el Foro Económico Mundial de Davos de 1999. “una nueva visión de la implicación y la trascendencia de la labor de la Empresa en el Mundo Globalizado en el que vivimos” <http://www.responsabilidadsocial empresarial.com/?p=85>, Responsabilidad Social Empresarial, acceso noviembre 2012.

²Memorias del Programa de Buen Gobierno Corporativo 2006-2011, una publicación de la Bolsa de Valores de Quito y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID)

CAPÍTULO I

EL CONTRATO DE FIDEICOMISO MERCANTIL INMOBILIARIO Y SUS LÍMITES JURÍDICOS

En este capítulo se buscará determinar si al momento nuestro ordenamiento jurídico cuenta con normas suficientes en relación al contrato de fideicomiso mercantil inmobiliario, como para dejar únicamente a la voluntad de las partes, a la costumbre y al mercado, la posibilidad de suplir vacíos normativos.

Para esto, se estudiarán los principios de derecho privado en contraposición con los principios de derecho público, el alcance de la costumbre y quiénes son los llamados a suplir lagunas jurídicas; así como las diferentes implicaciones entre las calidades de constituyente y beneficiario, el alcance de la responsabilidad de la fiduciaria y los riesgos que pueden afectar a los bienes que contiene el patrimonio autónomo de un Fideicomiso Mercantil Inmobiliario.

1.1. Las lagunas jurídicas y la costumbre

1.1.1. La ausencia de regulaciones estatales frente a la costumbre como fuente del derecho mercantil

De modo general se puede señalar la conocida división entre fuentes reales, primarias o materiales y fuentes formales. A decir de Hernán Salgado, las fuentes reales *“están constituidas por aquellos factores sociales, económicos, políticos y culturales inherentes a toda sociedad-, también los ideológicos y religiosos. Estos factores-que son reales- y que inducen, en determinado momento, a ciertas exigencias o necesidades sociales van a dar nacimiento a las normas del Derecho-en esa sociedad-.”*; mientras que las fuentes formales son *“esencialmente la legislación (ley), la costumbre y la jurisprudencia”*, a las que tradicionalmente se agregan los principios generales o universales del Derecho y la doctrina de los tratadistas.³

³ SALGADO PESANTES Hernán, Introducción al Estudio del Derecho, Editora Nacional, Quito octubre 2002,p. 74 y 75

A pesar de que la ciencia del derecho es única, es decir, una ciencia con su propio sistema, método y objeto; en ésta hay diversas ramas, mismas que gozan de una autonomía que no es absoluta por estar interrelacionadas. En este sentido, Hernán Salgado señala que *“una misma institución o un mismo hecho jurídico pueden ser examinados desde la óptica particular de las diversas ramas.”*⁴

Así tenemos que, aparte de las fuentes generales del derecho, la rama del derecho mercantil cuenta con fuentes que le son propias en atención a las particularidades que presenta. Hay que tener en cuenta que el origen y evolución del derecho mercantil ha estado siempre ligado a la costumbre, surgida de necesidades sociales en torno a la dinámica comercial.

Para entender el alcance que tiene la costumbre dentro del derecho mercantil, es indispensable hacer antes ciertas precisiones. La costumbre jurídica o derecho consuetudinario no son cualquier clase de costumbre sino únicamente la que constituye derecho. La costumbre, desde el punto de vista cronológico, es quizá, según Salgado, *“la forma más primitiva o elemental en que el Derecho se manifiesta.”*⁵

Existen tres tipos de costumbre, que son *secundum legem*, *praeter legem*, y *contra legem*⁶, de las cuales las dos primeras podrían constituir derecho mientras que la última no. De modo muy resumido se puede decir que la costumbre *secundum legem* es la que corrobora y desenvuelve los preceptos establecidos en la ley; la costumbre *praeter legem* es la que establece en materia no regulada o sobre aspectos no previstos por las leyes; y, la costumbre *contra legem* es la que se opone a la ley⁷.

⁴ Cfr. Ibíd. p. 62

⁵ Cfr. Ibíd. p. 85

⁶ Cfr. ORTEGA JARAMILLO Rubén, *Introducción al Derecho*, Editorial Universidad Técnica Particular de Loja, 1999. p. 93 y 94.

⁷ Cfr. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésima Segunda Edición, 4 coscarse-engaratusar, p.457.

Para la mayoría de países, sobretodo para los de tradición continental europea, la costumbre tiene un valor subsidiario, esto es, cuando no hay una ley aplicable para un punto controvertido. En el caso de Ecuador, el artículo 2 del Código Civil señala que *“La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella.”*, de este modo tenemos que dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, la ley prevalece sobre la costumbre debido a que la ley se remite a ella de manera subsidiaria. Además, una costumbre no podría derogar una ley ya que éstas solo podrían ser derogadas por otras posteriores.

El artículo 425 de la Constitución señala lo siguiente:

“El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos. En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior. La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.”

Así, al ser las leyes fuentes de mayor jerarquía y la costumbre subsidiaria de ésta, no cabría la posibilidad de aceptar una costumbre contra legem. Sin embargo, en el caso de que se trate de una norma injusta emanada del Estado y por lo tanto, la sociedad requiera que la norma se modifique conforme a la costumbre; la sociedad y el Estado deberán realizar lo pertinente y modificarla para lo cual deberán actuar conforme manda la Constitución y la Ley.

En este punto, es indispensable mencionar que a diferencia de lo que ocurre en el derecho mercantil en el que se acepta a la costumbre como una fuente de derecho válida, esto no ocurre en otras ramas del derecho en las que el principio de legalidad está por encima de todo, como son el derecho penal y el derecho administrativo, materias en las que la costumbre no es admitida.⁸ En la Constitución, el principio de legalidad para la

⁸ Cfr. SALGADO PESANTES Hernán, Óp. cit. p. 85 y 86

administración pública lo encontramos plasmado en el artículo 226 que establece lo siguiente:

“Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.”(El subrayado me corresponde)

Habiendo hecho estas precisiones, vale explicar brevemente que una laguna jurídica es la ausencia de normas jurídicas concretas aplicables a un caso específico. Por lo general se suele buscar formas de superar estos vacíos a través del derecho supletorio, la interpretación extensiva y la analogía.

El derecho mercantil por su naturaleza es dinámico, quizá es la rama del derecho más dinámica y su evolución la enfrenta constantemente a situaciones nuevas, muchas de las cuales no han podido ser previstas, por lo que es importante conocer cuándo la costumbre suple vacíos jurídicos y cuando no. El artículo 4 del Código de Comercio señala:

“Las costumbres mercantiles suplen el silencio de la Ley, cuando los hechos que las constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República, o en una determinada localidad, y reiterados por más de diez años.”

De este modo, la costumbre para constituir derecho requiere, cumplir ciertas características ante el silencio de la ley o que ésta se remita expresamente a ella, como por ejemplo el caso del artículo 1931 del Código Civil que al tratar de los contratos para la construcción de una obra material señala que *“Si no se ha fijado precio, se presumirá que las partes han convenido en el que ordinariamente se paga por la misma especie de obra, y a falta de éste, por el que se estimare equitativo, a juicio de peritos.”*

A pesar de que el ordenamiento jurídico supone una coherencia también en cuanto al contenido de las normas, hay que tener presente que Ecuador, a lo largo de su historia se ha caracterizado por ser un país sin doctrinas propias y que gran parte de su sistema

normativo corresponde a doctrinas generadas en otros países y por consiguiente elaboradas para diferentes realidades.

En consecuencia, la comprensión e interpretación de ciertas instituciones, varias veces puede resultar un tanto oscura, hasta el punto de llevar a pensar a la gente en general e incluso a los profesionales del derecho, en la existencia de vacíos jurídicos en casos en que no los hay; y, a partir de esa creencia mantener una costumbre contra legem, basada en errores de interpretación. De ahí la importancia de tener normas redactadas de forma clara y concreta que guarden la coherencia necesaria para que puedan ser interpretadas de manera sistemática y sean fácilmente asimiladas por la sociedad.

1.1.2. El origen extra estatal de la costumbre y la actuación del Estado ante una laguna jurídica

La costumbre tiene un origen extra estatal ya que no nace por manifestaciones de la facultad de imperio que tiene el Estado sino más bien de manera espontánea por parte de la sociedad.

Como se mencionó, no toda costumbre constituye derecho, sin embargo, el elemento común entre la costumbre que constituye derecho y la que no, es el origen extra estatal de ambas. De modo que existe la posibilidad de que ante la ausencia de regulaciones estatales sobre un determinado punto del derecho; en la sociedad se generen tanto costumbres contra legem como otras que sí constituyan derecho y, entre estas, unas que aporten favorablemente a la sociedad en su dinámica comercial y otras que sean perjudiciales para el orden social.

Igualmente, a pesar de la existencia de normativa respecto a determinado tema, hay veces en que la sociedad genera costumbres y prácticas que son comúnmente aceptadas ya sea porque la norma cayó en desuso por tornarse obsoleta e inaplicable a la sociedad que rige, por desconocimiento de ciertos conceptos y sus implicaciones o por una errónea interpretación asimilada como correcta y repetida en el tiempo.

Así la costumbre, surgida por diversas causas, tiene también diferentes implicaciones respecto de la actuación del Estado. Si bien la facultad de imperio que tiene el Estado le permite imponerse sobre la voluntad individual, hay que tener presente que ese poder tiene límites, mismos que están dados por la Constitución y las leyes. Entre esos límites a la actuación estatal encontramos a los derechos de libertad consagrados tanto constitucionalmente como a través de instrumentos internacionales.

En este sentido, vemos que el artículo 66 de la Constitución, reconoce y garantiza a las personas una serie de derechos que allí se enlistan y de los cuáles vale mencionar el que consta en el literal c) del numeral 29 que establece lo siguiente:

“29. Los derechos de libertad también incluyen:

...

d) Que ninguna persona pueda ser obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley.”

Es decir que ante el reconocimiento constitucional, la actuación del Estado no podría sobrepasar este límite. Pero la obligación del Estado va más allá del reconocimiento ya que éste además tiene la obligación de garantizar tales derechos para lo que se han previsto las Garantías Constitucionales consagradas en el Título III de la Constitución y que son:

- Garantías Normativas
- Políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana
- Garantías Jurisdiccionales

En este sentido, ante una costumbre que no contraría el orden social ni la ley, el Estado tiene la obligación de abstenerse de intervenir y respetarla, mientras que ante la costumbre contra la ley o el orden social, tiene la obligación de actuar a través de sus instituciones con el fin de corregirla; pero siempre tomando todas las precauciones para no sobrepasar el límite dado por el principio de legalidad.

Para el caso específico de las lagunas jurídicas es pertinente analizar la necesidad de regulación, ya que en algunos casos podría resultar mejor y más eficiente dejar a la libertad de las personas, el llenar dichos vacíos mientras que en otros casos; será la necesidad de respetar y garantizar derechos, la que lleve al Estado a emitir regulaciones en cumplimiento a lo establecido en el artículo 84 de la Constitución, en el que al tratar sobre las garantías normativas, le impone la siguiente obligación:

“La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.”

Como consecuencia de la globalización, las relaciones comerciales entre países se han intensificado y con esto también se ha incrementado la incidencia del buen o mal manejo de los negocios por todo el mundo. Así, vemos como han influido en la economía mundial eventos como el caso Enron⁹ y las crisis inmobiliarias de Estados Unidos, Grecia¹⁰ y España¹¹, mismos que han representado un costo social altísimo y de los que el mundo busca aprender y corregir errores.

Es por esto que a nivel mundial en el ámbito mercantil la consigna hoy en día es que, los inversionistas y las empresas actúen de forma transparente y eficiente; de modo que a más de mantener estándares de calidad, contar con normas de autocontrol y obtener utilidades, se preocupen por la sociedad. Igualmente, se espera que el Estado intervenga a través de un control eficaz, realizado de tal forma que respete y garantice las libertades individuales.

Es así como, en el caso en que sea necesario que el Estado supla lagunas o falencias de las normas, debe actuar a través de sus diferentes entes dependiendo del tipo de norma

⁹ CANASAS Giancarlo, Caso Enron, <http://www.youtube.com/watch?v=VO7PmjvJKzQ>; acceso febrero 2013

¹⁰ IECO Claran, La crisis de Grecia, explicada con dibujos, <http://www.youtube.com/watch?v=4E-JDxgJG4>, acceso febrero 2013

¹¹ NAVARRO CONCHILLA Gregorio, La crisis de España bien explicada, <http://www.youtube.com/watch?v=6cx3uml0lpo>, acceso febrero 2013

que sea requerida. Enfocándonos ya en el tema del Fideicomiso Mercantil Inmobiliario que está principalmente regido por la Ley de Mercado de Valores, es preciso remitirnos a las siguientes normas de la Constitución:

Al numeral 6 del artículo 120 que establece como atribución y deber de la Asamblea Nacional, el *“Expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio”*; al numeral 6 del artículo 132 que establece que se requerirá de ley para *“Otorgar a los organismos públicos de control y regulación la facultad de expedir normas de carácter general en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales”*; al numeral 13 del artículo 147 que establece como atribuciones y deberes del Presidente de la República el *“Expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenirlas ni alterarlas, así como los que convengan a la buena marcha de la administración”* y; al artículo 226 que establece que *“Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución”* (El subrayado me corresponde)

De donde se desprende que le corresponde a la Asamblea Nacional realizar las modificaciones que se requieran a la Ley de Mercado de Valores; las reformas al reglamento a esta ley le corresponde al Presidente de la República y; las demás reformas normativas relacionadas al contrato de Fideicomiso Mercantil Inmobiliario, le corresponden a diferentes instituciones, organismos y dependencias del Estado en función de sus atribuciones conferidas por la Constitución o por la ley.

A través del artículo 5 de la Ley de Mercado de Valores se ha creado un órgano rector del mercado de valores, para establecer la política general del mercado de valores y regular su funcionamiento, dicho órgano es el denominado Consejo Nacional de Valores; al

que mediante el artículo 9 de la misma ley se le confieren atribuciones para emitir normas de carácter general relacionadas con la aplicación de dicha ley.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que a lo largo de la ejecución de un contrato de fideicomiso mercantil inmobiliario; intervienen diferentes instituciones, organismos y dependencias del Estado que están regidos por diversos cuerpos normativos, los cuales cuentan con competencias que les son propias y exclusivas, y, que al igual que al Consejo Nacional de Valores o la Superintendencia de Compañías¹², les ha sido atribuida la facultad de emitir normas de carácter general, dentro del ámbito de su competencia.

Como ejemplos de lo mencionado se puede señalar al Servicio de Rentas Internas¹³ que tiene atribuciones que le son exclusivas en materia tributaria, mismas que son aplicadas incluso a los fideicomisos mercantiles o; los municipios que, en ejercicio de sus atribuciones, confieren permisos de construcción y emiten ordenanzas municipales.¹⁴

1.1.3. Circunstancias que determinan la necesidad de regular comportamientos reiterados

Los comportamientos que de forma reiterada pueden surgir en una sociedad, ante la ambigüedad o ausencia de normas en determinado tema; responden a diversos factores, entre los que está la necesidad de las partes contratantes de adoptar prácticas que les beneficien o que faciliten sus relaciones comerciales.

Sin embargo, como ya se mencionó, estos comportamientos muchas veces pueden contribuir de modo positivo para el desarrollo de la sociedad y en otros casos; la adopción de ciertas prácticas pueden perjudicar a la sociedad creando situaciones injustas, de desigualdad o contrarias a las normas y que pongan en desventaja, indefensión o riesgo, los derechos de una o algunas de las partes contratantes así como los de terceros.

¹² Constitución Art. 313, Ley de Compañías Arts. 430 a 433 y Ley de Mercado de Valores Art. 10

¹³ Código Tributario Arts. 67 a 72 y 103.

¹⁴ Código Orgánico de Organización Territorial, autonomía y Descentralización, Art 55, Competencias exclusivas del gobierno autónomo descentralizado municipal.

Así, la necesidad de regular comportamientos surgidos espontáneamente, está relacionada con los efectos que estos causan. Con frecuencia, las normas incompletas, ambiguas o que no guardan coherencia con el ordenamiento jurídico y la realidad social; dan lugar a hábitos que aumentan el riesgo para una de las partes que contrata o para terceros, además de dificultar el control en los negocios que se llevan a cabo, ya sea que este provenga del Estado, de las partes involucradas o de quienes puedan tener algún interés.

Es decir que a veces, es la sociedad espontáneamente la que regula de mejor manera una situación a través de prácticas que además de estar socialmente aceptadas no contrarían las normas ni menoscaban derechos sino que por el contrario contribuyen a equilibrar las relaciones comerciales.

De modo que el principio dejar hacer dejar pasar (*laissez-faire*¹⁵), propugnado por Adam Smith, tendría una aplicación parcialmente aceptable dentro del ámbito comercial, en el que se circunscribe el contrato de fideicomiso mercantil, ya que no siempre la mejor regulación proviene del mercado o la voluntad individual de las personas que integran la sociedad sino que; existen situaciones en las que indiscutiblemente la intervención del Estado, con su facultad de imperio, se vuelve necesaria con el fin de exigir determinados deberes que contribuyan a hacer efectivos los derechos que están reconocidos.

Es decir que, en atención al comportamiento humano, no sería lo más conveniente que el Estado se abstenga de actuar, ya que existen comportamientos que deben ser requeridos obligatoria y coercitivamente en virtud de que los individuos que integran la sociedad, no adoptarán espontáneamente ciertas conductas por tratarse de medidas antipopulares.

¹⁵"Laissez-faire.- En la teoría económica clásica, aquella doctrina basada en la proposición de que los asuntos económicos de la sociedad se arreglarían por sí mismos, si ni el Estado ni cualquier organismo dotado de autoridad intentan intervenir en su funcionamiento, que está determinado por las acciones individuales de los hombres." F.G.PENNANCE Arthur Seldon, Diccionario de Economía, colección libros de economía oikos, oikos-tau,s.a-ediciones, Barcelona- España.

Como ejemplo de esto tenemos el caso de los tributos en el que a pesar de que la gente pueda creer que es necesario pagar, no va a elegir hacerlo si no existe una norma que le obligue bajo la amenaza de una penalidad. Lo mismo sucede en la celebración de contratos en donde el comportamiento común será que las partes no estén dispuestas a obligarse más allá de lo que la ley establece como mínimo, esto por tener la creencia de que obligarse a más sería contrario a sus intereses, a pesar de que dotar a los negocios de más seguridades a la larga también les puede beneficiar.

Entre los comportamientos que la sociedad ha adquirido respecto al fideicomiso mercantil inmobiliario, existen muchos que se han vuelto muy comunes y entre los cuales se cuentan tanto los que afectan de modo positivo para la ejecución del contrato como otros que podrían perjudicar el negocio o que contrarían las normas y el orden social.

Antes de continuar, hay que tener en cuenta que es totalmente legítimo buscar el mayor beneficio posible cuando se trata de hacer negocios. Incluso el artículo 66 numeral 15 de la Constitución lo reconoce y garantiza como:

“El derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental”

Sin embargo como se puede ver, esa legitimidad tiene su límite en; el respeto de los derechos de los demás debido al reconocimiento igualitario de derechos del primer inciso,¹⁶ numeral 2 del artículo 11 de la Constitución; y, en los principios mencionados, mismos que están plasmados en varias normas a lo largo del ordenamiento jurídico.

Ante el ingenio e interés de las compañías fiduciarias por aprovechar la flexibilidad que brinda el contrato de fideicomiso mercantil inmobiliario y estructurar contratos que sean favorables para las finalidades esperadas por sus clientes; se ha vuelto costumbre la inclusión de cláusulas, que a pesar de no ser del contenido mínimo establecido por las normas, han contribuido a dotar de mayor seguridad al contrato o a poner en riesgo derechos, esto dependiendo de cómo estén formuladas dichas cláusulas.

¹⁶ “Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades”

Así, se pueden mencionar cláusulas como las que se incluyen bajo la denominación de “punto de equilibrio” en las que se suelen establecer condiciones técnicas, financieras y jurídicas que deberán ser cumplidas hasta una fecha determinada y sin las cuales no se deberá proseguir con las construcciones objeto del contrato o no se podrá utilizar dinero de terceros para continuarlas. A este tipo de cláusulas podríamos clasificarlas entre las que favorecen a un manejo de recursos más transparente, ágil y eficaz; por contribuir a fortalecer la confianza de la gente y proteger derechos de terceros.

Asimismo hay otras en las que como parte de las instrucciones a la fiduciaria, se adelantan incluso a establecer las obligaciones que estarán a cargo de los contratistas, mismas que se deberán incluir en los respectivos contratos que celebre con cada uno de ellos. Esto con el fin de distribuir las actividades que se realizarán y tener claras las responsabilidades de cada contratista que intervenga en la ejecución del proyecto inmobiliario a construirse.

Pero por el otro lado, hay también cláusulas que tornan al contrato confuso y buscan establecer derechos excesivos para unos y obligaciones muy limitadas para otros o viceversa. Dichas estipulaciones contractuales en algunos casos podrían llevar a desnaturalizar el contrato. Tales son los casos del comodato precario y su repercusión en cuanto a la responsabilidad sobre los bienes del patrimonio autónomo, los contratos de reserva y su finalidad, la estipulación de que los compradores y beneficiarios declaran obligarse solidariamente, la posibilidad de que el beneficiario asuma obligaciones de constituyente, etc. Algunas de estas disposiciones que contrariarían las normas o el orden social, serán abordadas en títulos posteriores.

Precisamente, en atención a las obligaciones del Estado que ya han sido señaladas; el Consejo Nacional de Valores, mediante Resolución No.CNV-006-2011,¹⁷ dispuso la obligatoriedad de la inscripción en el Registro del Mercado de Valores para los Fideicomisos Mercantiles Inmobiliarios. Consecuentemente a partir de ahí, las compañías

¹⁷ Resolución No.CNV-006-2011, publicada en el Registro Oficial No. 495 de 20 de julio del 2011.

Administradoras de Fondos y Fideicomisos están obligadas a entregar al ente de control, entre otros documentos, copias de los contratos de los fideicomisos de este tipo, que representen.

Entre las motivaciones de esta resolución está la necesidad de otorgar mayor transparencia a la administración de los fideicomisos mercantiles inmobiliarios, en virtud de que en el desarrollo de los proyectos inmobiliarios se incorporan también al patrimonio autónomo, recursos financieros de terceros tales como promitentes compradores. Así también, se menciona la necesidad de contar con información suficiente que permita efectuar un adecuado control previo de la administración fiduciaria con el objeto de precautelar los intereses de terceros en protección de la fe pública.

En conclusión, se podría señalar que la necesidad de establecer regulaciones se justifica por los efectos que causa la falta de normas y los comportamientos que va adquiriendo la sociedad; ya sea porque afectan al orden social, porque las normas han caído en desuso y no están acorde a la evolución social, porque existe ambigüedad en las normas o porque ponen en riesgo y no protegen y garantizan de manera efectiva los derechos reconocidos.

1.2. Los principios de derecho privado en relación a las diferencias entre Constituyentes y Beneficiarios

1.2.1. La dicotomía entre los principios base del derecho privado y los principios de derecho público

Para entrar en el análisis de los principios del derecho privado y del derecho público, antes es indispensable conocer qué es un principio. Ramiro Ávila Santamaría en uno de sus artículos publicados con posterioridad a la entrada en vigencia de la actual Constitución, explica lo que es un principio de la siguiente manera:

“El principio es una norma ambigua, general y abstracta. Ambigua porque requiere ser interpretada y recreada, no da soluciones determinantes sino que da parámetros de

comprensión; ambigua también porque, en su estructura, no tiene hipótesis de hecho como tampoco determina obligaciones o soluciones.

Las soluciones que pueden desprenderse de un caso son múltiples y solo pueden ser determinadas en el caso concreto, por esto Alexy afirma que los principios proporcionan un “haz de posibilidades” para la persona que interpreta o aplica el derecho. La ambigüedad es una característica esencial del principio. El principio es general porque rige a todas las personas o colectivos, públicos o privados. Finalmente es norma abstracta porque puede iluminar o servir como parámetro de interpretación para cualquier norma jurídica y para cualquier situación fáctica, carece de concreción.... Los principios, por otro lado, sirven de parámetros de interpretación. Ayudan de forma decisiva a valorar el sistema jurídico. Gracias a los principios podemos identificar normas contradictorias (antinomias) y también las lagunas del sistema jurídico (anomias)...”¹⁸

De modo que los principios nos proporcionan parámetros para comprender la aplicación del derecho en relación a las diversas situaciones fácticas que se presenten y así poder detectar en el sistema jurídico; tanto la existencia de normas contradictorias y vacíos jurídicos como las normas que deben ser aplicadas en cada caso.

A lo largo de la Constitución podemos encontrar diferentes artículos en donde se encuentran establecidos los principios que regirán el ámbito privado y el público. Entre estos, tenemos como los principales; el principio de la autonomía de la voluntad y el principio de igualdad, respecto del derecho privado; y, el principio de legalidad respecto del derecho público. Aunque, para el sector público, se mencionan también otros principios que les son esenciales en su accionar.

Es importante aclarar que los principios del derecho público y los del derecho privado no son contradictorios sino más bien dicotómicos¹⁹. Es decir que son complementarios ya que rigen diferentes ámbitos del derecho que es uno solo, como ya fue mencionado al inicio, en el subtítulo 1.1.1. En consecuencia, estos principios, a pesar de estar relacionados, responden a la naturaleza de los sujetos a quiénes rigen.

Así tenemos que el derecho privado rige las relaciones entre particulares, cuyas relaciones se suponen estar en posiciones de igualdad, mientras que el derecho público rige

¹⁸ ÁVILA SANTAMARÍA Ramiro, Principios de aplicación de los derechos, Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional, Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos INREDH, p. 27 y 28.

¹⁹ Dicotomía.- división en dos partes de una cosa o asunto, Diccionario Santillana del Español, Santillana s.a. 1994, primera edición. p. 220

las relaciones entre los poderes públicos y las que se dan entre el sector público y el privado, en los casos en que el Estado ostenta una posición soberana o de imperium que se manifiesta a través del ejercicio de la potestad pública.

El principio de la autonomía de la voluntad está contenido en el artículo 8 del Código Civil²⁰ y en el literal d), numeral 29 del artículo 66 de la Constitución, el mismo que establece que ninguna persona puede ser obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley.

Respecto al principio de igualdad se pueden mencionar los numerales 4 y 5 del artículo 66 y el numeral 2 del artículo 11 de la Constitución. Dichas normas establecen el derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación; el derecho al libre desarrollo de la personalidad, que está limitado por los derechos de los demás y; que las personas son iguales y que gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

El Código Civil y el Código de Comercio, son los dos cuerpos normativos de mayor relevancia para el derecho privado, ya que en estos se encuentran reguladas sus principales instituciones. Consecuentemente, en esta rama del derecho, las demás leyes se remiten a estas de manera supletoria.

En el caso del derecho público, el principio de legalidad, que es el más representativo, lo vemos plasmado en los artículos 226 y 132 numeral 6 de la Constitución, mismos que ya fueron examinados en el subtítulo 1.1.2.

Respecto de los demás principios consagrados constitucionalmente y que rigen la administración pública, están los de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación; mencionados en el artículo 227.²¹

²⁰ "A nadie puede impedirse la acción que no esté prohibida por la ley."

²¹ "La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación".

Sin embargo, cabe mencionar que la administración pública no cuenta con procedimientos totalmente uniformes para el ejercicio de sus atribuciones sino que está regido por diversos cuerpos que son aplicados según su naturaleza y funciones.

Así, por ejemplo, las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado, están reguladas principalmente por el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), la Superintendencia de Bancos y Seguros por la Ley Orgánica de Instituciones del Sistema Financiero, la Intendencia de Mercado de Valores de la Superintendencia de Compañías por la Ley de Mercado de Valores y la Ley de Compañías, etc.

Esto sin perjuicio de los cuerpos normativos propios de cada institución y otros comunes a varias de estas, como la Codificación de las Resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de Valores en el primer caso y la Ley de Contratación Pública en el segundo.

Finalmente, se puede observar que en la práctica el derecho público y el privado están tan estrechamente ligados que incluso, los cuerpos normativos que los rigen están integrados por normas pertenecientes a ambas ramas. Este el caso de la Ley de Mercado de Valores, a la que está sujeto el contrato de Fideicomiso Mercantil, pero que a la vez cuenta con normas respecto a las atribuciones de la Superintendencia de Compañías y del Consejo Nacional de Valores y su funcionamiento.

1.2.2. Los principios de derecho privado plasmados en las normas que rigen a los constituyentes y beneficiarios como elementos esenciales del contrato

El ordenamiento jurídico ecuatoriano cuenta con innumerables normas que consagran o guardan relación con los principios de autonomía de la voluntad e igualdad, que rigen el derecho privado. Sin embargo, nos limitaremos a analizar dichos principios en

relación al contrato de fideicomiso mercantil inmobiliario, y a los constituyentes y beneficiarios como elementos esenciales de éste.

A manera de resumen se podría decir que en los mencionados principios se expresa la libertad de las personas para establecer reglas y someterse a ellas al contratar y obligarse con otro u otros en relación de igualdad y, con la única limitación de no transgredir normas imperativas establecidas por el Estado.

Antes de continuar, es importante tener claro que, el contrato es una de las fuentes de las obligaciones junto con los cuasicontratos, los delitos, cuasidelitos y la ley²².

De conformidad con el artículo 1454 del Código Civil, *“Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas.”* En palabras de Luis Parraguez Ruiz, *“contrato es una convención (acuerdo de voluntades) que celebran dos o más personas con el objeto de crear obligaciones para una o ambas partes”*²³

Para el análisis de los elementos esenciales del contrato de fideicomiso mercantil inmobiliario comenzaremos por distinguir los elementos de un contrato en general señalados en el artículo 1460 del Código Civil, citado a continuación.

“Art. 1460.- Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no surte efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que, no siendo esenciales en él se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquéllas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.”

²² Art 1453 Código Civil “Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.”

²³ PARRAGUEZ RUIZ Luis, Manual de Derecho Civil Ecuatoriano, Teoría General de las obligaciones, volumen 1, libro cuarto, UTPL primera edición, junio del 2000 p. 68

Como vemos, en el mencionado artículo se clasifican en tres grupos que serían; los elementos de la esencia, que a decir de Parraguez, *“se trata de los elementos que constituyen la razón de ser del contrato, como el precio en la compraventa. O que le dan su fisonomía particular, como la gratuidad en el comodato (préstamo de uso). Si no es gratuito, hay contrato, pero ya no es comodato sino arrendamiento (degeneración de la figura contractual).”*; respecto de los elementos de la naturaleza, dicho tratadista señala, además de lo que menciona el artículo, que *“como no son de la esencia del contrato, las partes bien pueden excluirlas mediante una estipulación expresa. Así sucede en la compraventa con relación a la obligación del vendedor de responder por los vicios ocultos de la cosa vendida y que la ley la considera incorporada naturalmente en el contrato. Los contratantes pueden perfectamente prescindir de este elemento pactando que el vendedor no responda por tales vicios”*; y, en relación a los elementos accidentales explica que *“se trata de meros aditivos contractuales a los que las partes pueden recurrir en consideración a los intereses de cada cual y en virtud del principio de la autonomía de la voluntad. Caso característico es la estipulación de modalidades como un plazo o una condición.”*²⁴

Dicho esto, vale recordar que de conformidad con el artículo 1561 del Código Civil, *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.”* De donde se desprende lógicamente que el contrato vincula únicamente a las partes que contratan, es decir a las que intervienen con su voluntad. En este punto, es preciso revisar el artículo 1461 del mismo código que establece que para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario que sea legalmente capaz; que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio; que recaiga sobre un objeto lícito; y, que tenga una causa lícita.

En el primer párrafo del artículo 109 de la Ley de Mercado de Valores, que a continuación se cita, se establece en qué consiste el contrato de fideicomiso mercantil y algunas de las características que le son inherentes.

²⁴ Cfr. ibíd. p. 72 y 73

“Por el contrato de fideicomiso mercantil una o más personas llamadas constituyentes o fideicomitentes transfieren, de manera temporal e irrevocable, la propiedad de bienes muebles o inmuebles corporales o incorporeales, que existen o se espera que existan, a un patrimonio autónomo, dotado de personalidad jurídica para que la sociedad administradora de fondos y fideicomisos, que es su fiduciaria y en tal calidad su representante legal, cumpla con las finalidades específicas instituidas en el contrato de constitución, bien en favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario.”

Así vemos que tanto el constituyente como la fiduciaria, son partes contratantes mientras que el beneficiario queda considerado únicamente como un tercero. Las diferentes implicaciones jurídicas de las calidades de constituyente y beneficiario se verán más adelante. Ahora, examinando lo que implica esta modalidad de fideicomiso, vemos que de conformidad con el numeral 3 del artículo 17, Sección IV, Capítulo I, Título V de la Codificación de las Resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de Valores, el fideicomiso mercantil inmobiliario es:

“el contrato en virtud del cual se transfieren bienes, que generalmente son inmuebles, al patrimonio autónomo para que el fiduciario los administre y desarrolle con ellos un proyecto inmobiliario, en función de las instrucciones establecidas en el contrato, para lo cual realizará las gestiones administrativas y legales ligadas o conexas con el desarrollo del proyecto inmobiliario y todo en provecho de los beneficiarios instituidos en el contrato.”.

De este modo, se observa que entre los elementos esenciales del contrato de fideicomiso mercantil inmobiliario, están también el constituyente y el beneficiario, ya que no podría existir fideicomiso mercantil sin que haya existido un constituyente al momento de la celebración del contrato, quien transfiera la propiedad de bienes a título de fideicomiso mercantil al patrimonio autónomo y tampoco podría darse el caso de un fideicomiso sin beneficiario ya que de conformidad con el segundo párrafo del artículo 116 de la Ley de Mercado de Valores, *“a falta de estipulación, en el evento de faltar o ante la renuncia del beneficiario designado y, no existiendo beneficiarios sustitutos o sucesores de sus derechos, se tendrá como beneficiario al mismo constituyente o a sus sucesores de ser el caso.”*

Así, a pesar de que el constituyente sea parte contratante y el beneficiario no lo sea, ambos son elementos esenciales y además forman parte del contenido básico del contrato

de fideicomiso mercantil de conformidad con el literal a), numeral 1 del artículo 120 de la Ley de Mercado de Valores.

1.2.3. Las distintas implicaciones jurídicas entre Constituyentes y Beneficiarios y, la eventual confusión de tales calidades

La calidad de beneficiario y de constituyente, conllevan diferentes consecuencias jurídicas, mismas que deben ser tomadas en cuenta a fin de comprender el alcance y limitaciones existentes respecto de sus derechos y obligaciones. Para el correspondiente análisis se revisarán en principio, los artículos 115 y 116 de la Ley de Mercado de Valores que se citan a continuación:

<p>Art. 115.- Constituyentes o fideicomitentes.- Pueden actuar como constituyentes de fideicomisos mercantiles las personas naturales o jurídicas privadas, públicas o mixtas, nacionales o extranjeras, o entidades dotadas de personalidad jurídica, quienes transferirán el dominio de los bienes a título de fideicomiso mercantil.</p> <p><i>Las instituciones del sector público que actúen en tal calidad, se sujetarán al reglamento especial que para el efecto expedirá el C.N.V..</i></p> <p><i>El fiduciario en cumplimiento de encargos fiduciarios o de contratos de fideicomiso mercantil, puede además transferir bienes, sea para constituir nuevos fideicomisos mercantiles para incrementar el patrimonio de otros ya existentes, administrados por él mismo o por otro fiduciario.</i></p> <p><i>Para la transferencia de bienes de personas jurídicas se observarán lo que dispongan los estatutos de las mismas y las disposiciones previstas en la Ley de Compañías.</i></p> <p><i>Cuando un tercero distinto del constituyente se adhiere y acepta las disposiciones previstas en un contrato de fideicomiso mercantil o de encargos fiduciarios se lo denominará constituyente adherente. Cabe la adhesión en los contratos en los que se haya establecido esa</i></p>	<p>Art. 116.- Beneficiarios.- Serán beneficiarios de los fideicomisos mercantiles o de los encargos fiduciarios, las personas naturales o jurídicas privadas, públicas o mixtas, de derecho privado con finalidad social o pública, nacionales o extranjeras, o entidades dotadas de personalidad jurídica designadas como tales por el constituyente en el contrato o posteriormente si en el contrato se ha previsto tal atribución. Podrá designarse como beneficiario del fideicomiso mercantil a una persona que al momento de la constitución del mismo no exista pero se espera que exista. Podrán existir varios beneficiarios de un contrato de fideicomiso, pudiendo el constituyente establecer grados de preeminencia entre ellos e inclusive beneficiarios sustitutos.</p> <p><i>A falta de estipulación, en el evento de faltar o ante la renuncia del beneficiario designado y, no existiendo beneficiarios sustitutos o sucesores de sus derechos, se tendrá como beneficiario al mismo constituyente o a sus sucesores de ser el caso.</i></p> <p><i>Queda expresamente prohibido la constitución de un fideicomiso mercantil en el que se designe como beneficiario principal o sustituto al propio fiduciario, sus administradores, representantes legales, o sus empresas vinculadas.</i></p>
--	--

posibilidad.	
--------------	--

Entre las cosas comunes tanto a los constituyentes como a los beneficiarios tenemos que son elementos esenciales del contrato de fideicomiso mercantil que además deben estar señalados en el contrato. Otra semejanza es que para ostentar dichas calidades se requiere ser personas naturales o jurídicas privadas, públicas o mixtas, nacionales o extranjeras, o entidades dotadas de personalidad jurídica.

En la Doctrina II de Mercado de Valores²⁵, se puede apreciar con claridad que la calidad de constituyente de un fideicomiso mercantil no es susceptible de cesión y que ésta se la adquiere mediante la manifestación de la voluntad de comparecer y suscribir la respectiva escritura pública contentiva del contrato.

Esto tiene también relación con el hecho de que los negocios fiduciarios son contratos intuitu personae, que como se menciona en dicha doctrina, “*son negocios de confianza que se constituyen tomando en consideración las cualidades individuales de la persona...*”.Consecuentemente, existen derechos que se generan de la calidad de constituyente y que no pueden ser transferidos como son el derecho de reclamar la ejecución del fideicomiso mercantil y el de recibir una rendición de cuentas, entre otros; y, por otro lado, existen obligaciones respecto de las cuales debe responder únicamente el constituyente como por ejemplo las generadas de la transferencia de bienes, mismas que no se pierden por la cesión de derechos.²⁶

Ya que derechos y obligaciones son cosas distintas y que la legislación ecuatoriana no contempla la cesión de deudas ni obligaciones sino únicamente la cesión de derechos (créditos); vale tener presente que la renuncia procede solo de los derechos pero siempre y cuando solo mire al interés individual del renunciante y que su renuncia no esté prohibida²⁷.

²⁵ Doctrina II de Mercado de Valores

²⁶ Cfr. ibíd.

²⁷ Artículo 11 del Código Civil, “Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que solo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia”

Respecto de las obligaciones, el artículo 1583 del Código Civil, establece a través de una enumeración taxativa, las once formas de extinguir las obligaciones, mismas que son: convención de las partes interesadas, que sean capaces de disponer libremente de lo suyo, solución o pago efectivo, novación, transacción, remisión, compensación, confusión, pérdida de la cosa que se debe, declaración de nulidad o rescisión, el evento de la condición resolutoria y la prescripción.

Es decir que no están contempladas como formas de extinguir obligaciones ni la cesión de derechos ni la renuncia. En este mismo sentido, el artículo 9, Sección IV, Capítulo I, Título V de la Codificación de Resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de Valores establece que:

“Únicamente los beneficiarios del negocio fiduciario pueden ceder sus derechos, siempre que no esté prohibido por la Ley o por el contrato.

La cesión de derechos deberá instrumentarse con las mismas solemnidades utilizadas para la constitución del negocio fiduciario.

La cesión de derechos no implica la sustitución en las obligaciones de las partes contratantes. Para tales efectos, se procede conforme a las normas de la novación establecidas en el Código Civil.

La cesión de derechos no surtirá efectos contra la fiduciaria ni contra terceros, sino desde la fecha de su notificación a la fiduciaria o de la aceptación por parte de ésta, en la forma prevista en el Código Civil para la cesión ordinaria”

Por lo tanto, no se pueden ceder ni renunciar obligaciones. La cesión se encuentra prevista en el Título XXIV del Código Civil.²⁸

De donde se desprende lógicamente que, si un beneficiario cede todos sus derechos fiduciarios, entonces deja de poseer derechos de beneficiario en el negocio y por consiguiente pierde su calidad de beneficiario, lo que no ocurre con la calidad de constituyente que no se pierde por la cesión de derechos. Es importante precisar que los cesionarios de derechos fiduciarios como tales, no se obligan a transferir bienes a título de fideicomiso mercantil al patrimonio autónomo.

²⁸ Código Civil arts. 1841 y siguientes.

En virtud de lo mencionado y de lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 120 de la Ley de Mercado de Valores que señala que *“en los contratos no se podrán estipular cláusulas que signifiquen la imposición de condiciones inequitativas e ilegales...”*; y, del artículo 3, Sección I, Capítulo I, Título V de la Codificación de las Resoluciones expedidas por el CNV, que señala que *“Están prohibidas las cláusulas que desnaturalicen el negocio fiduciario, desvíen su objeto original, o se traduzcan en menoscabo ilícito de algún derecho ajeno...”*; los beneficiarios no pueden asumir obligaciones de constituyente ni pérdidas; ya que hacerlo atentaría contra la ley y desnaturalizaría el negocio fiduciario.

Tampoco procedería que en el contrato de fideicomiso se estipule que los beneficiarios o sus cesionarios declaren que aceptan obligarse solidariamente, esto en consideración a que los beneficiarios como tales; no constituyen partes contratantes y por lo tanto no intervienen con su voluntad en la celebración del contrato, lo que sería indispensable de conformidad con el artículo 1527 del Código Civil.²⁹ Asimismo, se estaría desnaturalizando al contrato de fideicomiso, al pretender que el beneficiario sea el que asuma el riesgo de contraer obligaciones dentro de un negocio en el que no intervino como parte contratante y deba responder ante terceros por compromisos adquiridos por el fideicomiso.

Respecto de las diferencias entre las calidades de constituyente y beneficiario, se observa que el constituyente es parte contratante mientras que el beneficiario no lo es; el constituyente es el único que hace aportes a título de fideicomiso mercantil (Sobre las implicaciones de esto se abordará en el subtítulo 2.2.2); el constituyente debe existir necesariamente al momento de la celebración del contrato o de su adhesión mientras que el beneficiario no, ya que incluso se puede designar como beneficiario a quién no exista aún; los derechos de beneficiario pueden cederse mientras que los derechos de constituyente no;

²⁹ Código Civil Art. 1527.- En general, cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso, está obligado solamente a su parte o cuota en la deuda; y cada uno de los acreedores, en el segundo, sólo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito. Pero en virtud de la convención, del testamento o de la ley, puede exigirse a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda; y entonces la obligación es solidaria o in sólidum. La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley.

los que aceptan las disposiciones previstas en el contrato de fideicomiso mercantil son constituyentes, no beneficiarios. Cabe indicar que las características mencionadas respecto a la calidad de constituyente abarca tanto a constituyentes iniciales como a constituyentes adherentes.

Sin embargo, a pesar de las diferentes implicaciones jurídicas entre constituyentes y beneficiarios, existe la posibilidad de que dichas calidades puedan recaer en una misma persona, aunque no por esto se debe dejar de entender de manera independiente los derechos y obligaciones que corresponden en virtud de cada calidad que se ostente.

Así, los derechos de beneficiario que un Constituyente pueda tener en un negocio fiduciario, los puede ceder libremente, si no existe alguna limitación contractual para ello, pero no por su calidad de constituyente sino por su condición de beneficiario.

1.3. Responsabilidad de la fiduciaria frente al patrimonio autónomo de Fideicomisos Mercantiles Inmobiliarios y sus riesgos

1.3.1. La sociedad anónima administradora de fondos y fideicomisos como representante legal y administradora de patrimonios autónomos

Las únicas compañías que pueden actuar como fiduciarias de fideicomisos mercantiles son las denominadas sociedades “administradoras de fondos y fideicomisos”, las cuales de conformidad con el artículo 97 de la Ley de Mercado de Valores, deben constituirse bajo la especie de compañías anónimas y cuyo objeto social está limitado a administrar fondos de inversión, administrar negocios fiduciarios, actuar como emisores de procesos de titularización y representar fondos internacionales de inversión.

Pero no todas las compañías de este tipo tienen por objeto realizar las cuatro actividades mencionadas ya que es posible que puedan limitarse a realizar solo algunas de ellas, todo dependerá de lo señalado en su estatuto social y de las autorizaciones de funcionamiento conferidas por la Superintendencia de Compañías. El capital social en este

tipo de compañía se divide en acciones nominativas por tratarse de sociedades anónimas y su capital mínimo varía en función del alcance de su objeto, de conformidad a los montos fijados por el artículo 98 de la Ley de Mercado de Valores.

Aparte de estas compañías, el artículo 100 de la misma ley prevé que entidades del sector público puedan actuar como fiduciarios, de conformidad con lo previsto en sus propias leyes, tal es el caso de la Corporación Financiera Nacional que en el literal r) del artículo 24 de la Ley Orgánica de la Corporación Financiera Nacional, establece esa atribución.

Antes de revisar las obligaciones, prohibiciones y derechos del fiduciario, derivados de la representación legal que ejerce sobre el fideicomiso mercantil inmobiliario entendido como el patrimonio autónomo dotado de personalidad jurídica; es preciso señalar que el artículo 109 de la Ley de Mercado de Valores, define al Fideicomiso Mercantil como un contrato, como un patrimonio autónomo o el conjunto de derechos y obligaciones afectados a una finalidad que se constituye como efecto jurídico del contrato y, como persona jurídica.

Ahora, específicamente para el caso del fideicomiso mercantil inmobiliario, el numeral 3 del artículo 17, Sección IV, Capítulo I, Título V de la Codificación de las Resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de Valores establece que en esta modalidad, los bienes que generalmente transfiere el constituyente al patrimonio autónomo, son inmuebles; esto debido a que lo que se pretende es desarrollar un proyecto inmobiliario. De modo que, podría darse el caso de que los bienes que el constituyente transfiera no sean inmuebles, sin embargo, hay que tener presente que la administración de dichos bienes está encaminada a desarrollar un proyecto inmobiliario en provecho de los beneficiarios instituidos en el contrato.

Sobre este punto, vale mencionar que no se podría llevar a cabo un proyecto inmobiliario con recursos del patrimonio autónomo, sobre bienes inmuebles que no le pertenezcan; sino que únicamente se puede construir sobre bienes que integren dicho

patrimonio, en consideración a que la administración de la fiduciaria está limitada únicamente respecto al patrimonio autónomo y no a bienes ajenos a éste.

De manera que, dentro del contrato de fideicomiso mercantil inmobiliario, al fiduciario le corresponde administrar el patrimonio autónomo, realizando las gestiones administrativas y legales ligadas o conexas con el desarrollo del proyecto inmobiliario. Las funciones del fiduciario como representante legal las ejerce en base a las instrucciones señaladas por el constituyente en el contrato de fideicomiso y de conformidad con las normas generales pertinentes, plasmadas en diversos cuerpos normativos.

Partiendo de que es responsabilidad del fiduciario actuar de manera diligente y profesional, procurando cumplir prioritariamente con el objeto y finalidad instituidos en el contrato y, que sus obligaciones son de medio y no de resultado; tanto en el artículo 125 de la Ley de Mercado de Valores como en el artículo 5, Sección I, Capítulo I, Título V de la Codificación de las Resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de Valores; se ha establecido que éste responderá hasta por culpa leve en el cumplimiento de su gestión.

De modo que al fiduciario le es prohibido, garantizar con su actuación que los resultados y finalidades pretendidas por el constituyente efectivamente se cumplan y avalar, afianzar o garantizar el pago de beneficios o rendimientos fijos en función de los bienes que administra, tal como lo señala el literal a), numeral 2 del artículo 105 de la misma ley.

Así también, en el mencionado artículo 5, se establece la responsabilidad que tiene el fiduciario frente al patrimonio autónomo, ya que es su obligación el constatar la existencia física, el perfeccionamiento de la transferencia de dominio, lo relativo a gravámenes o limitaciones de los bienes, verificar que estos tengan relación con la finalidad que se pretende alcanzar con el negocio e incluso aplicar políticas internas de conocimiento al cliente encaminadas a minimizar el riesgo de que se use la figura del fideicomiso mercantil para el lavado de dinero, el narcotráfico y el cometimiento de otros delitos. Es decir que el ser fiduciario implica una gran responsabilidad ya que su función no solo se limita a cumplir instrucciones contractuales.

Dicho esto es indispensable remitirnos al artículo 29 del Código Civil, en el que se indica lo que es la culpa leve de la siguiente manera:

“Art. 29.- La ley distingue tres especies de culpa o descuido:

...

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa.

...”

Para aclarar la explicación, como ejemplo se puede indicar que en el caso de llevarse a cabo liquidaciones parciales, el fiduciario deberá ser diligente a fin de que dichas liquidaciones no afecten derechos de terceros o perjudiquen el cumplimiento del objeto del fideicomiso mercantil inmobiliario.

Las obligaciones del fiduciario, aparte de lo que conste en el contrato de fideicomiso mercantil, son las establecidas en el artículo 103 de la Ley de Mercado de Valores, mismas que consisten básicamente en administrar prudente y diligentemente los bienes transferidos en fideicomiso mercantil, mantener dichos bienes separados de otros patrimonios y llevar su contabilidad de modo separado, rendir cuentas de su gestión conforme al contrato y a las normas generales aplicables, transferir los bienes a la persona a quien corresponda de acuerdo a lo establecido en el contrato, terminar el contrato de fideicomiso mercantil ante el cumplimiento de las causales establecidas contractualmente o por la ley e informar a la Superintendencia de Compañías en la forma y con la periodicidad determinada por el Consejo Nacional de Valores.

De otro lado, vemos que el fiduciario tiene derecho a ser remunerado y a renunciar a su gestión en los términos establecidos en los artículos 131 y 132 de la Ley de Mercado de Valores y que su responsabilidad se extiende tanto a las acciones como omisiones que hubieren tenido lugar mientras haya durado el desempeño de sus funciones como

fiduciario. Finalmente, hay que tener en cuenta que de conformidad con los artículos 203 y 204 de la mencionada ley, la fiduciaria está sujeta a responsabilidades civiles y administrativas por tratarse de personas jurídicas, esto sin perjuicio de que puedan derivarse también responsabilidades penales para las personas naturales que actúen en su representación.

1.3.2. El patrimonio autónomo como persona jurídica independiente respecto a su fiduciaria, constituyente/s y beneficiario/s

Para el análisis de este subtítulo se tomará como base al artículo 118 de la Ley de Mercado de Valores que se cita a continuación:

“Naturaleza individual y separada de cada fideicomiso mercantil.- El patrimonio autónomo que se origina en virtud del contrato de fideicomiso mercantil es distinto de los patrimonios individuales del constituyente, del fiduciario y beneficiario, así como de otros fideicomisos mercantiles que mantenga el fiduciario.

Cada fideicomiso mercantil como patrimonio autónomo que es, estará integrado por los bienes, derechos, créditos, obligaciones y contingentes que sean transferidos en fideicomiso mercantil o que sean consecuencia del cumplimiento de la finalidad establecida por el constituyente. Consecuentemente, el patrimonio del fideicomiso mercantil garantiza las obligaciones y responsabilidades que el fiduciario contraiga por cuenta del fideicomiso mercantil para el cumplimiento de las finalidades previstas en el contrato.

Por ello y dado a que el patrimonio autónomo tiene personalidad jurídica, quienes tengan créditos a favor o con ocasión de actos o contratos celebrados con un fiduciario que actuó por cuenta de un fideicomiso mercantil, sólo podrán perseguir los bienes del fideicomiso mercantil del cual se trate mas no los bienes propios del fiduciario.

La responsabilidad por las obligaciones contenidas en el patrimonio autónomo se limitará únicamente hasta el monto de los bienes que hayan sido transferidos al patrimonio del fideicomiso mercantil, quedando excluidos los bienes propios del fiduciario.

Contractualmente el constituyente podrá ordenar que el fideicomiso se someta a auditoría externa; sin embargo el C.N.V., establecerá mediante norma general los casos en los que obligatoriamente los fideicomisos deberán contar con auditoría externa, teniendo en consideración el monto y naturaleza de los mismos.”

Un elemento común en las legislaciones de los países latinoamericanos es la creación de un patrimonio autónomo, como consecuencia del contrato de fideicomiso mercantil, el mismo que se encuentra afectado a una finalidad.³⁰

Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en dichos países, en Ecuador este patrimonio autónomo afectado a una finalidad establecida en el contrato; además está dotado de personalidad jurídica y en consecuencia es capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones. Lo que estaría plenamente sustentado bajo la lógica de la doctrina clásica sobre el patrimonio, en virtud de que sus principales exponentes Zachariae, Aubry y Rau, Josserand³¹ consideran al patrimonio como una universalidad jurídica que tiene como característica básica, la existencia de un titular; de tal modo que no puede existir un patrimonio sin titular y que cada persona solo puede tener un patrimonio.

Diego Gómez De La Torre, en su libro El Fideicomiso Mercantil, concluye que la mencionada doctrina se sustenta en los siguientes puntos:

- “1.-Solo las personas naturales y/o jurídicas pueden tener un patrimonio, porque solo ellas pueden adquirir bienes o créditos y contraer obligaciones;*
- 2.- Toda persona natural o jurídica tiene un patrimonio;*
- 3.- La persona es única, por ende no puede tener más que un patrimonio;*
- 4.- El patrimonio es inseparable de la persona e indivisible; así lo expresaba Aubry y Rau: ‘Repugna a la razón que el patrimonio cuyos elementos son puramente intelectuales pudiese admitir una división que solo reposaría sobre las cualidades naturales de los objetos comprendidos en él’.*
- 5.- El patrimonio representa una universalidad jurídica”*

En el mencionado artículo 118 de la Ley de Mercado de Valores, se evidencia que el patrimonio autónomo del fideicomiso es diferente al de los constituyentes, fiduciario, beneficiarios y otros; cuando se establece que los acreedores del fideicomiso podrán perseguir los bienes de este. Es decir, que el patrimonio del fideicomiso sirve como garantía

³⁰ Cfr. GÓMEZ DE LA TORRE REYES Diego, El fideicomiso mercantil, ALBAZUL OFFSET, Quito-Ecuador 1998, p.37 a 42.

³¹ Cfr. Ibíd. p.61

general de sus propias obligaciones en los términos de los artículos 2367³² y 2371³³ del Código Civil y 121 y 122 de la Ley de Mercado de Valores.

Así, tenemos que de acuerdo al artículo 119 de la Ley, el fideicomiso mercantil inmobiliario entendido como persona jurídica, es el titular de los bienes que integran el patrimonio autónomo y que la representación legal la ejerce su fiduciaria, la cual a su vez es una persona jurídica y por lo tanto posee también un patrimonio propio y distinto respecto de los demás fideicomisos que represente.

Asimismo se ve que de acuerdo a los artículos 115 y 116 de la Ley de Mercado de Valores, para ser constituyente o beneficiario es necesario ser persona natural o estar dotado de personalidad jurídica, lo que implica tener un patrimonio; de tal modo que el patrimonio de cada uno sirve de garantía de sus propias obligaciones, de ahí la importancia de que la fiduciaria tenga como obligación, mantener los bienes del patrimonio autónomo separados de los demás y no permitir que se apropien de ellos.

Aunque los bienes que integran el patrimonio autónomo le pertenecen al fideicomiso mercantil, es preciso mencionar que existe la posibilidad de que, acreedores del constituyente, independientemente de que sus créditos estén o no vencidos, puedan interponer una acción rescisoria o pauliana de conformidad con el artículo 2370 del Código Civil, con el fin de restablecer la situación económica de su deudor y así precautelar el pago de lo adeudado. Así también, el artículo 123 de la Ley de Mercado de Valores prevé que se puedan llevar a cabo diferentes acciones cuando se haya otorgado este contrato en fraude de terceros.

De otro lado, los bienes que integran un fideicomiso mercantil inmobiliario también podrían estar afectados por diversos factores ajenos a éste, que puedan poner en riesgo la

³² Código Civil Art 2367.- Toda obligación personal da al acreedor el derecho de hacerla efectiva en todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables, designados en el Art. 1634.

³³ Código Civil Art. 2371.- Los acreedores, con las excepciones indicadas en el Art. 1634, podrán exigir que se vendan todos los bienes del deudor hasta el valor de sus créditos, incluso los intereses y los costos de la cobranza, para que con el producto se les satisfaga íntegramente, si fueren suficientes los bienes, y en caso de no serlo, a prorrata, cuando no haya causas especiales para preferir ciertos créditos, según la clasificación que sigue.

finalidad pretendida bajo esta modalidad de fideicomiso que es desarrollar un proyecto inmobiliario. Así por ejemplo, el inmueble aportado sobre el cual se pretende construir, podría tener un litigio de prescripción pendiente ya que la ley no ha establecido que la existencia de un litigio pendiente respecto a un inmueble, impida la transferencia a título de fideicomiso mercantil si no consta inscrito en el Registro de la Propiedad que dicho bien está prohibido de enajenar.

Otro ejemplo sería el caso en que deba rematarse un bien inmueble de propiedad del fideicomiso, en virtud de una hipoteca que garantiza una deuda anterior del constituyente por no haber éste pagado oportunamente, ya que el artículo 5, Sección I, Capítulo I, Título V de la Codificación de las Resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de Valores permite que se puedan transferir bienes gravados siempre y cuando se deje constancia de aquello en el contrato de fideicomiso.

1.3.3. Administración de los activos y pasivos del patrimonio autónomo en base a instrucciones

A partir del artículo 109 de la Ley de Mercado de Valores que define al fideicomiso mercantil, nos podemos dar cuenta de la importancia que tienen las instrucciones señaladas, a través del contrato de fideicomiso mercantil inmobiliario, por el constituyente a la fiduciaria.

Los dos últimos párrafos del mencionado artículo señalan, entre otras cosas, que las funciones de representante legal del fideicomiso son ejercidas por la fiduciaria de conformidad con las instrucciones señaladas en el correspondiente contrato y que los derechos que ejerce y las obligaciones que contrae a través de éste, responden igualmente a las instrucciones establecidas en el contrato.

De ahí la necesidad y razón para que la Ley de Mercado de Valores en el literal i) del numeral 1 del artículo 120, haya establecido entre los requisitos mínimos del contenido del contrato a *“Las condiciones generales o específicas para el manejo, entrega de los*

bienes, frutos, rendimientos y liquidación del fideicomiso” y que la Codificación de las Resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de Valores haya establecido en el numeral 2, artículo 4, Sección I, Título V; que las instrucciones son un elemento fundamental que debe constar en el contrato, mismas que estarán de acuerdo al tipo de negocio fiduciario y que en consecuencia deberán ser conducentes a cumplir con el objeto o la finalidad pretendida.

De este modo, las instrucciones deben guardar coherencia con el objeto para el que fue constituido el fideicomiso, que para el caso que nos ocupa es el inmobiliario, por lo que las instrucciones deberán estar encaminadas a que la fiduciaria pueda llevar adelante el desarrollo de un proyecto inmobiliario mediante la gestión y realización de actividades específicas.

Sobre la gestión y actividades específicas que le corresponde realizar a la fiduciaria es importante remitirnos al literal e) del numeral 3 del artículo 120 de la Ley de Mercado de Valores que establece lo siguiente:

“...no se podrán estipular cláusulas que signifiquen la imposición de condiciones inequitativas e ilegales, tales como:

...

e) La posibilidad de que quien debe cumplir la gestión encomendada sea otra persona diferente al fiduciario, sustituyéndose así como obligado, salvo que por la naturaleza del contrato se imponga la necesidad de hacerlo en personas especializadas en determinadas materias;...”

Para el caso del fideicomiso mercantil inmobiliario, la mencionada disposición tiene gran relevancia debido a que bajo esta modalidad se pretende desarrollar un proyecto inmobiliario, lo que requerirá necesariamente de la intervención de personas especializadas, en el sector de la construcción, tales como ingenieros, arquitectos, etc. Asimismo, el numeral 3 del artículo 17, Sección IV, Capítulo I, Título V de la Codificación de las Resoluciones expedidas por el CNV, establece que en el fideicomiso mercantil inmobiliario, la administración del fiduciario será en base a las instrucciones contractuales y que la fiduciaria *“realizará las gestiones administrativas y legales ligadas o conexas con el desarrollo del proyecto inmobiliario...”*

Es decir, que algunas de las actividades requeridas para la ejecución del contrato, no se enmarcan en de las actividades que puede realizar la fiduciaria por sí misma, recordemos que las Administradoras de Fondos y Fideicomisos son compañías de objeto exclusivo. De modo que la fiduciaria en cumplimiento de instrucciones y ejerciendo la representación legal del fideicomiso, podría contratar a una compañía constructora para que diseñe y elabore planos, más no podría contratar a un tercero para que lleve la contabilidad del fideicomiso, rinda cuentas o informe a la Superintendencia de Compañías; ya que estas actividades son inherentes al fiduciario y de conformidad con el artículo 103 de la Ley de Mercado de Valores, le corresponden.

Así como las instrucciones del contrato y las funciones que la fiduciaria desempeña, están encaminadas a cumplir el objeto que tenga el fideicomiso; las transferencias que los constituyentes hagan a título de fideicomiso mercantil también tienen que guardar coherencia con la finalidad pretendida. Al respecto, el último inciso del artículo 5 Sección I, Título V de la Codificación de las Resoluciones expedidas por el CNV señala que la fiduciaria *“También deberá verificar que los bienes que han sido transferidos al patrimonio autónomo, tengan relación con la finalidad que se pretende alcanzar con el negocio”*.

En este punto vale remitirnos al numeral 3, artículo 17, Sección IV, Capítulo I, Título V de la mencionada codificación para aclarar que no es un requisito indispensable en los fideicomisos mercantiles inmobiliarios, que los constituyentes aporten a título de fideicomiso mercantil, inmuebles; ya que dicha norma señala que los bienes que se transfieren en esta modalidad de fideicomiso *“generalmente son inmuebles”*, por lo que no se podría interpretar que sea indispensable que entre los bienes transferidos deba constar al menos un inmueble.

No obstante, se deberá prever que el patrimonio autónomo adquiera un inmueble ya sea por compraventa o por cualquier otro modo ya que; como fue mencionado en otro subtítulo, la administración que ejerce la fiduciaria es exclusivamente sobre el patrimonio

autónomo del fideicomiso y no alcanza a bienes ajenos; y, en virtud de que dicha administración estará encaminada a desarrollar un proyecto inmobiliario, se vuelve indispensable que el patrimonio autónomo cuente con el inmueble donde este se llevará a cabo.

Así, hay que tener en cuenta que el patrimonio autónomo de un fideicomiso mercantil inmobiliario no solo contiene los bienes que los constituyentes en virtud del artículo 115 y 113 de la Ley de Mercado de Valores han transferido a título de fideicomiso mercantil sino también las obligaciones que se hayan estipulado en el contrato que estarán a cargo del fideicomiso, las mismas que deberán guardar coherencia con la finalidad pretendida.

En consecuencia vemos que el fideicomiso desde su inicio podría estar integrado tanto por activos como pasivos. Además, este conjunto de derechos y obligaciones afectados a una finalidad que es el patrimonio autónomo de un fideicomiso, se integrará también por los derechos y obligaciones que se generen como consecuencia del cumplimiento de las instrucciones y la finalidad establecidas por el constituyente en el contrato.

Respecto a lo que puede ser aportado a título de fideicomiso mercantil, es indispensable aclarar que no es posible aportar obligaciones ya que el Código Civil hace una enumeración taxativa de los modos de extinguir las obligaciones en la que no está contemplada la transferencia a título de fideicomiso mercantil. Por lo tanto, lo único que los constituyentes podrían transferir son activos y las únicas obligaciones que podría contraer el fideicomiso serían las establecidas contractualmente y las generadas como consecuencia de la ejecución del contrato, las mismas que están ligadas a las instrucciones en función del cumplimiento de la finalidad pretendida.

En virtud de lo señalado y tomando en cuenta que la obligación de la fiduciaria es de medio y no de resultado, el contar con instrucciones contractuales establecidas de manera clara, es de gran importancia ya que en base a dichas instrucciones la fiduciaria

deberá cumplir con ciertas obligaciones legales como por ejemplo la del literal e) del artículo 103 de la Ley de Mercado de Valores, que establece entre sus obligaciones, la de terminar el contrato por el cumplimiento de las causales y efectos previstos en el contrato; para lo cual es indispensable contar con instrucciones que le permitan determinar el momento en que se produzcan dichas causales y deba terminar el contrato así como la forma en la que ha de proceder.

CAPÍTULO II

LA EFICACIA DE LAS NORMAS DE CONTROL Y DE PROTECCIÓN A LAS PERSONAS DENTRO DEL ÁREA DE INFLUENCIA DEL NEGOCIO

A través de este capítulo se examinará la eficacia de las normas de control y las de protección a las personas dentro del área de influencia directa del negocio derivadas del contrato de Fideicomiso Mercantil Inmobiliario a fin de determinar si éste es un contrato confiable.

Para esto se abordarán temas como la responsabilidad de las partes contratantes, y de manera especial la de los constituyentes, hasta dónde llegaría la afectación para los beneficiarios en el caso de que el negocio falle y las acciones que pueden tomar terceros en defensa de sus derechos; así como las limitaciones del Estado en las labores de control, los mecanismos que emplea el control externo no estatal y los factores que afectan al control interno de un Fideicomiso Mercantil Inmobiliario.

2.1. Las partes contratantes en el control interno de la ejecución del contrato

2.1.1. Los derechos y responsabilidades de las partes contratantes derivados de su capacidad para contratar y obligarse

En virtud de que en el subtítulo 1.2.2, al analizar los elementos esenciales del contrato de fideicomiso y específicamente del inmobiliario, ya se advirtió que únicamente los constituyentes y la fiduciaria son partes contratantes, mientras que los beneficiarios están considerados como terceros; esto de conformidad con la Codificación de las Resoluciones expedidas por el CNV y la Ley de Mercado de Valores; y, que sobre los derechos y responsabilidades de la fiduciaria, ya se abordó a lo largo del título 1.3; a continuación se profundizará sobre los derechos y obligaciones del constituyente y solo se mencionará de manera muy breve respecto de la fiduciaria.

Antes de continuar es importante precisar que por el contrato de constitución de un fideicomiso, el constituyente transfiere o se compromete a transferir bienes a título de fideicomiso mercantil a un patrimonio autónomo y la fiduciaria se obliga a administrar dicho patrimonio y ejercer su representación legal de conformidad con las instrucciones estipuladas en el contrato de fideicomiso y la normativa vigente; dando así origen a una persona jurídica, la misma que es titular del mencionado patrimonio y que puede ejercer derechos y contraer obligaciones a través de su representante legal que es la fiduciaria.

Asimismo, es pertinente indicar; que de acuerdo a la Doctrina II de Mercado de Valores, a los artículos 1455, 1456, 1458 y 1459 del Código Civil y a los artículos 109, 110 y 132 de la Ley de Mercado de Valores; el contrato de Fideicomiso Mercantil Inmobiliario sería, a pesar de su flexibilidad, al menos un contrato *intuitu personae*³⁴, solemne, expreso, de tracto sucesivo, oneroso, bilateral y principal. Adicionalmente, considerando otras clasificaciones doctrinarias, se lo podría clasificar como nominado o típico, por estar previsto y específicamente regulado en normas de carácter general que establecen los elementos que son de su esencia, de su naturaleza y los puramente accidentales en los términos del artículo 1460 del Código Civil.

Como ya se señaló en el subtítulo 1.2.3, el Consejo Nacional de Valores ha establecido que *“Únicamente los beneficiarios del negocio fiduciario pueden ceder sus derechos, siempre que no esté prohibido por la Ley o por el contrato”*³⁵, de modo que la calidad de constituyente, la misma que implica derechos y obligaciones, es intransferible. Mientras que, respecto de la calidad de fiduciaria, hay que considerar que la Ley de Mercado de Valores, en el artículo 133 prevé que ésta pueda ser sustituida, sin que el fiduciario sustituto sea responsable de los actos de su predecesor.

De manera general, los constituyentes de un fideicomiso mercantil inmobiliario y la fiduciaria, por ser partes contratantes en este contrato bilateral e *intuitu personae*, adquieren

³⁴ *“Intuitu personae. Loc. lat. Por razón de la persona o en consideración a ella. Se refiere a las disposiciones o actitudes que se adoptan sin atenerse estrictamente a derecho o a razón, sino al respeto que alguien merece”* CABANELLAS DE TORRES Guillermo, *Diccionario Jurídico Elemental*, 2000, Editorial Heliasta S.R.L., p. 212.

³⁵ Art 9, Sección IV, Capítulo I, Título V Codificación de las resoluciones expedidas por el CNV

derechos y se obligan recíprocamente. Cabe mencionar que algunos de los derechos y obligaciones que adquieren, son inherentes a cada una de dichas calidades en atención a que son de la esencia o naturaleza del contrato; por tanto, no procede estipular que terceros asuman ciertas obligaciones o ejerzan determinados derechos, como tampoco que contractualmente se les releve de estas obligaciones o se establezca la renuncia a ejercer tales derechos, ya que esto desnaturalizaría al contrato.

Así, entre las obligaciones inherentes a la calidad de constituyente están *“las que se generan por la transferencia de bienes, respecto de las cuales debe responder únicamente el constituyente, dentro de estas obligaciones podemos encontrar, la obligación de saneamiento por evicción y vicios redhibitorios...”* de conformidad con la Doctrina II de Mercado de Valores. Sobre este punto es importante anotar que estas obligaciones propias del constituyente existen sin perjuicio de la obligación respecto de las verificaciones a las que está obligada a realizar la fiduciaria en atención al artículo 5, Sección I, Capítulo I, Título V de la Codificación de las Resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de Valores.

Téngase también en cuenta que de conformidad con el artículo 123 de la Ley de Mercado de Valores, el contrato *“podrá ser impugnado judicialmente por los interesados, mediante las correspondientes acciones de nulidad, simulación o cualquiera otra prevista en la ley, según el caso; sin perjuicio de la acción y responsabilidad penal a la que hubiere lugar.”* De modo que las partes contratantes también son responsables respecto de la licitud del contrato.

Además de las obligaciones indicadas, y de otras que se hayan establecido para el constituyente/s a lo largo del contrato, le corresponde a la calidad de constituyente el pago de los honorarios a la fiduciaria, ya que de conformidad con el artículo 132 de la Ley de Mercado de Valores, *“La actuación de la sociedad administradora de fondos y fideicomisos será siempre remunerada y constará en el contrato de fideicomiso mercantil.”*, norma que guarda concordancia con el literal e) del artículo 120 de la misma Ley y con el numeral 6 del artículo 4, Sección I, Capítulo I, Título V de la Codificación

señalada³⁶. Sin embargo, por cuestiones de operatividad y por ser los honorarios gastos directamente ligados a la marcha del negocio, podría instruirse contractualmente que la fiduciaria pueda debitar directamente del patrimonio del fideicomiso, su remuneración.

Por otra parte, constituyen obligaciones inherentes a la calidad de fiduciaria, las establecidas en el artículo 103 de la Ley de Mercado de Valores, sobre las cuales se abordó en el subtítulo 1.3.1.

En cuanto a los derechos que les son inherentes al constituyente, el artículo 126 de la Ley de Mercado de Valores los enlista de la siguiente manera:

- “a) Los que consten en el contrato;*
- b) Exigir al fiduciario el cumplimiento de las finalidades establecidas en el contrato de fideicomiso mercantil;*
- c) Exigir al fiduciario la rendición de cuentas, con sujeción a lo dispuesto en esta Ley y a las normas de carácter general que imparta el C.N.V., sobre la actividad fiduciaria y las previstas en las cláusulas contractuales; y,*
- d) Ejercer las acciones de responsabilidad civil o penal a que hubiere lugar, en contra del fiduciario por dolo, culpa leve en el desempeño de su gestión.”*

A los que habría que añadir; la restitución, en los términos establecidos en el artículo 113 de la misma Ley; y, el derecho a designar beneficiario, el mismo que se desprende del análisis jurídico contenido en la Doctrina I de Mercado de Valores³⁷ y el artículo 116 de la Ley de Mercado de Valores, entendido sin perjuicio de que para tal designación se puedan haber considerado disposiciones específicas de entes o autoridades del Sector Público; como por ejemplo, disposiciones transitorias contenidas en cuerpos normativos, que prevean la celebración de fideicomisos y en los que se determine quién deberá ser designado beneficiario; o situaciones y contratos distintos al de fideicomiso.

Asimismo, como parte del derecho a designar beneficiario se entendería incorporada la facultad que tiene el constituyente de establecer contractualmente, limitaciones a la cesión de derechos fiduciarios.

³⁶ “6. Remuneración: se expresará claramente los valores o la forma de calcular la remuneración que percibirá la fiduciaria por su gestión, así como la forma, fuente de pago y oportunidad en que la misma será liquidada y cobrada.”

³⁷ “La designación en el contrato de fideicomiso de un beneficiario distinto del constituyente, es de por sí ya un acto de disposición...”

Mientras que la fiduciaria por su parte, tiene derecho a ser remunerada por su actuación en la forma establecida en el contrato y a renunciar a su gestión; según lo establecen los artículos 132 y 131 de la Ley de Mercado de Valores.

Ahora específicamente para el caso de que el constituyente pertenezca al sector público, se deben considerar otros aspectos ya que respecto al contrato de fideicomiso, el Consejo Nacional de Valores, de conformidad con la atribución conferida a través del numeral 27³⁸ del artículo 9 de la Ley de Mercado de Valores, ha expedido normas de carácter general, que les son aplicables. Entre estas normas vale citar la contenida en el artículo 13, Sección III, Capítulo II, Título VII de la Codificación de las Resoluciones expedidas por el CNV, que señala lo siguiente:

“Objeto de los negocios fiduciarios de instituciones del sector público.- Los contratos de fideicomiso mercantil y de encargo fiduciario en que participen como constituyentes los organismos y entidades públicas, solo podrán celebrarse para cualquiera de los siguientes objetos:

1. Administración de recursos destinados al pago de obligaciones derivadas de contratos estatales ya celebrados por la entidad pública constituyente.

2. Administración o enajenación de activos de propiedad de la entidad pública constituyente, de conformidad con las normas legales aplicables para el efecto.

3. Titularización de activos de propiedad de la entidad pública constituyente, a través del fideicomiso mercantil o fondo colectivo, siempre y cuando se trate de activos cuyo dominio pueda ser transferido, de conformidad con la Ley, por la entidad pública originadora y que generen o sean susceptibles de generar flujos de caja.

Los negocios fiduciarios no podrán servir de instrumento para realizar actos o contratos que, de acuerdo con las disposiciones legales, no pueda celebrar directamente la entidad pública o mixta como constituyente o en la adhesión a un negocio fiduciario ya constituido.”

Así vemos que, tanto el constituyente como el beneficiario, tienen derechos y obligaciones que les son propios, ya que derivan de aspectos característicos de este contrato

³⁸ “27. Expedir normas de carácter general para los procesos de fiducia que lleven a cabo las entidades y organismos del sector público en los que se observarán las disposiciones previstas en esta Ley; y,”

típico y que existen también otras normas que deben ser observadas cuando se trate de constituyentes del sector público.

2.1.2. Mecanismos internos tendientes a salvaguardar y dar cumplimiento a lo establecido en el contrato y demás normas de carácter general

Partiendo de la definición que da el Dr. Hernán Salgado respecto de las fuentes primarias o reales del derecho, citada en el subtítulo 1.1.1; se realizará un análisis de los mecanismos de control interno teniendo por enfoque a la fiduciaria como ente principal de este tipo de control, para lo que se tomará como base normas de carácter general y los principios de control interno provenientes de las ciencias administrativas, en lo que pudiera ser aplicable para el estudio del fideicomiso mercantil inmobiliario.

De la revisión realizada en libros³⁹ y publicaciones de páginas de internet⁴⁰ sobre ciencias administrativas, relacionadas al control interno, he extraído los principios que se aplicarían al fideicomiso mercantil inmobiliario, los mismos que a continuación serán explicados con la adaptación correspondiente:

Principios de control interno para el Fideicomiso Mercantil Inmobiliario.

1.-No hay control sin planificación.- en el fideicomiso la “planificación” estaría dada por las instrucciones contractuales, el objeto del fideicomiso y los requerimientos normativos vigentes.

2.- Las responsabilidades deben estar claramente fijadas.- a través de manuales y reglamentos internos de la fiduciaria⁴¹, del contrato de fideicomiso y de cada contrato celebrado por el fideicomiso tales como, contrato de construcción, contratos de provisión

³⁹ AVENDAÑO F. LUIS, *El Control a su alcance, Serie de Conocimientos Prácticos*, Editorial Norma 1979 Bogotá- Colombia, p. 9 a 16; KOONTZ/O’ DONNELL, *Curso de Administración Moderna*, sexta edición, McGRAW-HILL 1982 impreso en Colombia. p.714 a 734,

⁴⁰ Principios del control interno generales <http://fccea.unicauca.edu.co/old/tgarf/tgarfse89.html> ; LOZANO Eduardo, *Control Interno* <http://www.youtube.com/watch?v=MAe446JYvfg> (accesos septiembre 2013)

⁴¹ Art 224 y 18 #10 de la Ley de Mercado de Valores.

de materiales, contratos para la publicidad de las unidades inmobiliarias a venderse o prometerse en venta, etc.; se debe fijar de manera clara lo que está bajo la responsabilidad de cada persona que interviene para la ejecución del negocio; esto sin perjuicio de las responsabilidades puntualizadas en las normas de carácter general.

3.- Las funciones de carácter incompatible deben estar separadas y se debe evitar la concentración de funciones.- en cuanto a la estructura organizativa, es conveniente no concentrar procedimientos en una misma persona y separar las funciones de contabilidad de las funciones operativas; esto para evitar que se generen potenciales situaciones de conflictos de interés y evitar que alguien sea juez y parte al mismo tiempo.

4.- El uso de equipos automáticos o mecánicos refuerzan el control interno.- el respaldarse en equipos que tengan la tecnología adecuada para manejar indicadores, cruzar información y puedan proveer a tiempo datos reales, concretos, verificables y confiables; facilitan el control interno, permiten identificar las desviaciones oportunamente y ayudan a que no se tomen decisiones en base a suposiciones o apreciaciones subjetivas.

5.- Un personal debidamente seleccionado y entrenado incrementa la productividad.- es importante que las personas, dependiendo de la función que asuman para la ejecución del objeto del fideicomiso, conozcan cuáles son sus funciones y la forma en que han de desempeñar su trabajo. Para esto es muy útil realizar capacitaciones, contar con manuales e instrucciones por escrito y que las personas seleccionadas se ajusten al perfil requerido, esto último aplicaría también para la selección de contratistas.

6.- El exigir garantías reduce el riesgo de pérdidas.- el exigir a los contratistas y en general a cualquiera que tenga a su cargo fuertes sumas de dinero, contratar pólizas de seguros o rendir fianzas sobre buen uso de anticipos, fiel cumplimiento, etc; evita posibles pérdidas por robo o inadecuado uso de recursos.

7.- El sistema de control debe ser económico y estratégico.- económico, en el sentido de que los beneficios que obtenga con los controles sean superiores a los costos de

implementar el sistema y mantenerlo; y, estratégico porque para que sea provechoso deberá estar enfocado en puntos clave que permitan un control eficaz, es decir que se deberá evitar establecer controles irrelevantes o falsos, ya que pretender que se controle absolutamente todo podría ser contraproducente y ocasionaría que se pierda de vista lo realmente importante además de que representaría un egreso innecesario de recursos.

Para terminar, es importante mencionar que aunque a través de la Ley de Mercado de Valores y de la Codificación de las Resoluciones expedidas por el CNV solo se encuentren incorporadas ciertas definiciones, conceptos y exigencias respecto al control interno, tales como manuales y reglamentos internos, código de ética, el contar con la infraestructura física y tecnológica de funcionamiento, etc.; corresponde a la fiduciaria el implementar su propio sistema de control interno de acuerdo a lo que considere lo más conveniente, teniendo como única referencia obligatoria las disposiciones contenidas en normas de carácter general.

Cabe precisar que el sistema de control interno que adopte la fiduciaria repercutirá en la eficiencia del servicio que brinde a sus clientes así como en su prestigio y confiabilidad.

2.1.3. La participación en el control interno de entes distintos a las partes que intervinieron en la celebración del contrato de fideicomiso

Con fines didácticos, para la elaboración de este trabajo se ha clasificado al control respecto del fideicomiso mercantil inmobiliario en, control interno, control externo y control externo estatal; en consecuencia, se irá definiendo cada uno de ellos, a medida que se avance en el análisis.

Así, por control interno entenderemos al que provenga de los intervinientes en el desarrollo del negocio, es decir los que no sean extraños a éste por tener algún interés vinculado a una responsabilidad directa y específica en la ejecución del proyecto inmobiliario, derivada de un contrato con el fideicomiso. En este sentido, no formarían

parte del sistema de control interno quienes ejerzan un control externo, los terceros que pudieran resultar afectados ni los que tengan derecho a que se les rinda cuentas, con la excepción de que también hayan intervenido a través de un contrato con el fideicomiso.

De modo que a más de la fiduciaria, podría también el constituyente participar en el control interno de la ejecución del proyecto inmobiliario pero únicamente en el caso de que intervenga también como contratista del fideicomiso. En consecuencia, su participación en el control interno será por su condición de contratista y no de constituyente, de donde se desprende que el control interno que deba realizar en el negocio se limitará al papel que desempeñe, con las correspondientes responsabilidades frente al fideicomiso y a terceros que ello conlleve. Lo que se entenderá sin perjuicio de los derechos que tiene como constituyente, de conformidad con el art 126 de la Ley de Mercado de Valores, entre ellos a que la fiduciaria le rinda cuentas.

Asimismo, el beneficiario participaría en el control interno, siempre y cuando haya celebrado con el fideicomiso algún contrato que lo haga responsable de alguna fase, actividad o prestación relacionada con la ejecución del proyecto inmobiliario y en consecuencia le corresponda responder ante terceros respecto de su buen desempeño, por ejemplo si fuere el que hubiera realizado el diseño estructural del edificio que se construye, entonces será responsable de la calidad de dicho diseño frente a la fiduciaria y a terceros.

Es importante tener en cuenta que el llevar adelante un proyecto inmobiliario implica la participación de personas que no están vinculadas por una relación laboral con la fiduciaria ni con el fideicomiso, como por ejemplo arquitectos, ingenieros, albañiles, etc.; los mismos que pueden estar sujetos a un sistema de control interno propio pero que, al formar parte en el desarrollo de ese proyecto inmobiliario, quedan sujetos al control que se lleve a cabo en el fideicomiso, teniendo que cruzar información y coordinar sus actividades con la fiduciaria.

Por costumbre, en los contratos de fideicomiso mercantil inmobiliario se suelen incluir estipulaciones relacionadas al cumplimiento de determinadas condiciones técnicas,

jurídicas y financieras bajo el título de “*punto de equilibrio*”; dichas estipulaciones, establecidas voluntariamente en el contrato de fideicomiso, siempre y cuando estén bien determinadas, sirven para establecer parámetros que contribuyen al control que se debe observar.

Sin embargo, al referirse a la toma de decisiones es muy común estipular la existencia de cuerpos colegiados, integrados principalmente por los constituyentes o por los beneficiarios mayoritarios, a los que se les suele atribuir el poder de determinar el cumplimiento del “*punto de equilibrio*” con amplias facultades para interpretar lo establecido en el contrato. Cabe anotar que muchas veces son ellos a la vez los constructores, presentándose así una incompatibilidad de funciones que dificulta la toma de decisiones de manera imparcial.

Como se observa, bajo la estructura contractual indicada la fiduciaria como administradora y representante legal del fideicomiso se ve limitada, ya que la verificación de las condiciones del fideicomiso mercantil le corresponden a ella en último término, en atención a que de conformidad con el artículo 125 de la Ley de Mercado de Valores:

“El fiduciario responde hasta por culpa leve en el cumplimiento de su gestión, que es de medio y no de resultado; esto es, que su responsabilidad es actuar de manera diligente y profesional a fin de cumplir con las instrucciones determinadas por el constituyente con miras a tratar de que las finalidades pretendidas se cumplan”.

Es decir que, si en el contrato de fideicomiso se encuentran indicadas ciertas condiciones que son verificables, está bajo la responsabilidad de la fiduciaria observar su cumplimiento, sin perjuicio de que para llegar a establecer tales cumplimientos se haya apoyado en certificaciones técnicas elaboradas por diferentes profesionales.

2.2. La importancia de la aplicación de controles externos no estatales para el beneficiario

2.2.1. El beneficiario como elemento básico del contrato frente a la independencia e imparcialidad en el control

Como ya se mencionó en el subtítulo 1.2.2, el beneficiario a pesar de no ser parte contratante en el fideicomiso, es un elemento esencial en este contrato, el mismo que tiene como derechos los indicados en el artículo 127 de la Ley de Mercado de Valores que se citan a continuación:

“Derechos del beneficiario.- Son derechos del beneficiario del fideicomiso mercantil:

- a) Los que consten en el contrato;*
- b) Exigir al fiduciario el cumplimiento de las finalidades establecidas en el contrato de fideicomiso mercantil;*
- c) Exigir al fiduciario la rendición de cuentas, con sujeción a lo dispuesto en esta Ley y a las normas de carácter general que imparta el C.N.V., sobre la actividad fiduciaria y las previstas en las cláusulas contractuales;*
- d) Ejercer las acciones de responsabilidad civil o penal a que hubiere lugar, en contra del fiduciario por dolo, culpa grave o culpa leve en el desempeño de su gestión;*
- e) Impugnar los actos de disposición de bienes del fideicomiso mercantil realizados por el fiduciario en contra de las instrucciones y finalidades del fideicomiso mercantil, dentro de los términos establecidos en la ley; y,*
- f) Solicitar la sustitución del fiduciario, por las causales previstas en el contrato, así como en los casos de dolo o culpa leve en los que haya incurrido el fiduciario, conforme conste de sentencia ejecutoriada o laudo arbitral y, en el caso de disolución o liquidación de la sociedad administradora de fondos y fideicomisos.”*

Estos derechos establecidos para el beneficiario tienen su razón de ser en que las finalidades instituidas en el contrato están pensadas para que se cumplan en favor del beneficiario. La existencia del beneficiario para el fideicomiso es de tal relevancia que no tendría sentido que exista un fideicomiso sin beneficiario. Al respecto, vale indicar que el penúltimo inciso del artículo 116 de la Ley de Mercado de Valores señala lo siguiente:

“A falta de estipulación, en el evento de faltar o ante la renuncia del beneficiario designado y, no existiendo beneficiarios sustitutos o sucesores de sus derechos, se tendrá como beneficiario al mismo constituyente o a sus sucesores de ser el caso”

Así, vemos como, los esfuerzos realizados por la fiduciaria para el cumplimiento de la finalidad pretendida, son en favor del beneficiario. Sin embargo, a pesar de que la fiduciaria tenga un buen sistema de control interno y que el constituyente en atención a aquello le haya confiado el desarrollo de un proyecto inmobiliario en favor del beneficiario; el control externo, por su independencia, es clave para velar por sus derechos en virtud de que tanto la gestión de la fiduciaria como las operaciones de ejecución del proyecto son

verificadas por entes independientes e imparciales que realizan sus respectivos exámenes de manera profesional y técnica.

Sobre este punto es preciso indicar que los beneficiarios no siempre tienen el tiempo ni el conocimiento técnico suficiente como para poder advertir que las operaciones llevadas a cabo estén enmarcadas dentro de los parámetros técnicos y normativos necesarios; es por esto que un control especializado es el más idóneo en estos casos. Pero este tipo de control no solo tiene relevancia respecto del beneficiario, sino de todos, incluido el mismo controlado, debido a la retroalimentación que le puede aportar.

De manera que, para el beneficiario como tal, la importancia de la aplicación de controles externos no estatales radica en que a través de personas independientes, imparciales y especializadas; que poseen conocimientos técnicos actualizados, prácticos y que conocen el movimiento del negocio debido a su especialización; el fideicomiso del cual pretenden beneficiarse se somete a controles realizados tomando como base requisitos mínimos establecidos por el Estado pero bajo la perspectiva del sector privado.

Ahora, en el evento de que el beneficiario o el constituyente sean a la vez constructores, Gerentes de Proyecto, etc.; solo por su calidad de contratistas, se verían también de alguna manera sujetos a controles externos que se realicen al fideicomiso. Sin embargo, en torno al tema de quién es al final del día, el que paga por el control externo, se suelen formar discusiones respecto del riesgo que podría existir de que los controladores inclinen sus actuaciones guiados más por el interés de quienes pagan sus honorarios que por un trabajo profesional, dejando de lado la imparcialidad que les debe caracterizar y convirtiéndose en uno más de los controles falsos.

En todo caso, el control del Estado respecto de entes privados que llevan a cabo labores de control externo, debería ser más estricto para obligarlos a subir sus estándares y en caso de incumplimiento o falta de diligencia, establecer duras responsabilidades, para que sea más estimulante hacer un buen control externo y no ser sancionados frente a realizar controles ligeros sin dejar de ser remunerados por sus controlados. De este modo se

procuraría que únicamente los que estén facultados para ofertar sus servicios, sean los que cumplan con los estándares necesarios; y, que los controles externos efectuados por el sector privado no se tornen en controles falsos que reporten únicamente un requisito más que conlleva un costo improductivo y que no cumple con su objeto.

2.2.2. Implicaciones de los aportes a título de fideicomiso mercantil y de la cesión de derechos de beneficiario

Teniendo en consideración que el artículo 1561 del Código Civil establece que *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes...”*; y que, tal como fue indicado en títulos anteriores, el beneficiario no es parte contratante sino un tercero, cuando deviene en tal calidad en virtud de una cesión de derechos; los beneficiarios que lleguen a ostentar tal calidad por cesión de derechos y que no sean a la vez constituyentes o constituyentes adherentes, no aportan bienes a título de fideicomiso mercantil al patrimonio autónomo. Recordemos que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 109 y 115 de la Ley de Mercado de Valores, solo los constituyentes realizan aportes a título de fideicomiso mercantil.

En consecuencia, no procede que en el contrato de fideicomiso mercantil se establezcan obligaciones para el beneficiario; más aún ante la posibilidad de que, por efecto de la cesión de derechos fiduciarios, los constituyentes dejen de ostentar la calidad de beneficiarios y en consecuencia, las obligaciones establecidas para el beneficiario, queden sin un sujeto obligado a cumplirlas. Esto en virtud de que el artículo 9, Sección IV, Capítulo I, Título V de la Codificación de las Resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de Valores establece que únicamente son objeto de cesión, los derechos de beneficiario siempre que no esté prohibido por la Ley o por el contrato. Es decir, que las obligaciones establecidas para el beneficiario no podrían ser traspasadas a través de cesión, al nuevo beneficiario.

Cabe resaltar que en el artículo indicado también consta lo siguiente:

“La cesión de derechos no implica la sustitución en las obligaciones de las partes contratantes. Para tales efectos, se procede conforme las normas de la novación establecidas en el Código Civil”

De tal modo que a más de llevar envuelta una prohibición para la cesión de derechos de constituyente; contempla respecto del constituyente y la fiduciaria, la sustitución de obligaciones a través de la novación. Lo cual debe ser entendido tomando como base las normas que rigen al fideicomiso mercantil y en observancia a los elementos de la naturaleza y esencia de este contrato tipo.

Así, se deberá tener en cuenta por ejemplo que, el artículo 109 de la Ley de Mercado de Valores establece que la transferencia realizada por el constituyente es *“temporal e irrevocable”*. Es decir que una vez realizado el aporte, este es irrevocable y que las obligaciones derivadas de estos aportes son, como ya quedó indicado en el subtítulo 2.1.1, inherentes al constituyente, por su naturaleza.

Asimismo hay que tener presente el literal d), numeral 3 del artículo 120 de la Ley de Mercado de Valores que señala que, no se podrán estipular en el contrato:

“d) Previsiones con efectos desfavorables para el constituyente o beneficiario que aparezcan en forma ambigua, confusa o no evidente, y, como consecuencia, se le presenten a éste discrepancias entre los efectos esperados o previsibles del negocio y los que verdaderamente resulten del contenido del contrato;”

Consecuentemente, los aportes realizados por el constituyente a título de fideicomiso mercantil, ingresan al fideicomiso; a diferencia de los recursos que pudiera haber recibido el beneficiario al ceder sus derechos fiduciarios, los mismos que en ningún momento ingresan al patrimonio autónomo. Téngase en cuenta que la cesión de derechos fiduciarios puede ser onerosa o gratuita.

Una situación diferente sería la incorporación de un constituyente adherente, en los términos indicados en el último inciso⁴² del artículo 115 de la Ley de Mercado de Valores; lo que implica que el adherente deba transferir bienes o comprometerse a transferir a título de fideicomiso mercantil, que haga suyas las estipulaciones contenidas en el contrato de fideicomiso y como consecuencia de ello contraiga obligaciones. En este punto es importante indicar que ni la cesión de derechos fiduciarios ni la incorporación de un constituyente adherente, reforman el contrato de fideicomiso mercantil.

Ahora, en cuanto al aporte mismo, sabemos que es realizado con el fin de que la fiduciaria a través de su administración pueda cumplir con este el objeto pretendido. De modo que los bienes transferidos deben guardar coherencia tanto con las instrucciones como con el objeto del fideicomiso. Esto de conformidad con último inciso⁴³ del artículo 5, Sección I, Capítulo I, Título V de la Codificación de las Resoluciones expedidas por el CNV, norma que también establece que el verificar esa coherencia le corresponde a la fiduciaria, en atención a su obligación de actuar de manera diligente y profesional.

Esa obligación de verificar comprende básicamente; en el caso de bienes inmuebles, el perfeccionamiento de la transferencia con la respectiva inscripción en el Registro de la Propiedad y constatar los gravámenes y limitaciones a los que el inmueble esté sujeto; y, en general sobre los demás aportes, que estos estén debidamente especificados para evitar una confusión de patrimonios o malos entendidos, su procedencia, requerir al constituyente toda la documentación e información que le sea necesaria en relación a los bienes transferidos, verificar que no existan limitaciones normativas para efectuar las transferencias y que los aportes cuenten con las autorizaciones correspondientes, de ser el caso. Para llevar a cabo estas verificaciones, la fiduciaria debe contar con procedimientos internos, los mismos que son a su vez sometidos a controles externos.

⁴² “Cuando un tercero distinto del constituyente se adhiere y acepta las disposiciones previstas en un contrato de fideicomiso mercantil o de encargos fiduciarios se lo denominará constituyente adherente. Cabe la adhesión en los contratos en los que se haya establecido esa posibilidad.”

⁴³ “También deberá verificar que los bienes que han sido transferidos al patrimonio autónomo, tengan relación con la finalidad que se pretende alcanzar con el negocio.”

Una vez comprendido esto, se señalarán a continuación ciertos aspectos en cuanto a la estructura de los contratos, que deberían ser considerados por quienes ejercen controles y por quienes son objeto de este, para detectar y evitar la simulación a través de la figura jurídica del fideicomiso mercantil inmobiliario.

-No es posible aportar obligaciones, ya que de conformidad con el artículo 115 de la Ley de Mercado de Valores, lo que aporta el constituyente a título de fideicomiso mercantil son bienes. Téngase en cuenta que la legislación ecuatoriana no contempla la cesión de deudas ni obligaciones sino la cesión de derechos (créditos) y tampoco contempla el aporte a título de fideicomiso mercantil como modo de extinguir las obligaciones.

-En virtud de que las obligaciones de la fiduciaria respecto del cumplimiento del objeto del fideicomiso son de medio y no de resultado, no es procedente que existan derechos fiduciarios fincados en un determinado bien inmueble dentro del proyecto inmobiliario que se construye a través de un fideicomiso mercantil (inmobiliario). En consecuencia tampoco es procedente usar la cesión de derechos fiduciarios como mecanismo para vender o prometer en venta un inmueble.

-No es procedente que a través del contrato de fideicomiso se pretenda que los beneficiarios, quienes no son partes contratantes, asuman obligaciones propias de los constituyentes, se obliguen solidariamente e incluso asuman pérdidas; más aún ante la posibilidad de haber adquirido la calidad de beneficiario por cesión de derechos fiduciarios; ya que se estaría incurriendo en la prohibición de establecer cláusulas que signifiquen condiciones inequitativas y que desnaturalicen el contrato, de conformidad con el numeral 3, literal d)⁴⁴ del artículo 120 de la Ley de Mercado de Valores, en concordancia con el artículo 3⁴⁵, Sección I, Capítulo I, Título V de la Codificación de las Resoluciones expedidas por el CNV.

⁴⁴ "d)Previsiones con efectos desfavorables para el constituyente o beneficiario que aparezcan en forma ambigua, confusa o no evidente, y, como consecuencia, se le presenten a éste discrepancias entre los efectos esperados o previsibles del negocio y los que verdaderamente resulten del contenido del contrato;"

⁴⁵ "Art. 3.- Estipulaciones prohibidas.- Están prohibidas las cláusulas que desnaturalicen el negocio fiduciario, desvíen su objeto original, o se traduzcan en menoscabo ilícito de algún derecho ajeno. Tratándose de contratos de adhesión, las cláusulas ambiguas se interpretarán a favor del fideicomitente y/o beneficiario, según corresponda. Por lo demás, los

-Finalmente, se debería poner atención en que el contrato no establezca que se garantice al constituyente que se le devolverá una determinada cantidad de dinero o bienes. Esto en virtud de que el aporte a título de fideicomiso mercantil es irrevocable y que la gestión de la fiduciaria es de medio y no de resultado. De modo que lo único que tiene el constituyente es una mera expectativa de que se le restituya, al igual que el beneficiario, respecto de las transferencias que pueda recibir como beneficio en atención a sus derechos; ya que de acuerdo al artículo 105, numeral 2, literal a) de la Ley de Mercado de Valores, la fiduciaria está prohibida de garantizar resultados.

2.2.3. El principio de igualdad que rige entre quienes llevan a cabo el control externo no estatal y el fideicomiso mercantil. Mecanismos de control que emplean.

El control externo no estatal, en el fideicomiso mercantil inmobiliario; sería el que provenga de quienes, teniendo una relación basada en el principio de igualdad, no estén vinculados a ninguna de las actividades llevadas a cabo directamente por la fiduciaria o por intermedio de los contratistas del fideicomiso para cumplir el objeto de este. Al igual que el control interno y el estatal, este control es de carácter técnico, independiente, objetivo e imparcial.

El control externo estatal únicamente se diferenciaría del anterior en que la relación jurídica que existe entre el controlado y el ente controlador, no se rige por el principio de igualdad, ya que aquí no existiría una relación entre iguales debido a la facultad de imperio propia del Estado.

Respecto de un fideicomiso mercantil inmobiliario, el control externo no estatal, es efectuado básicamente por las compañías de auditoría externa, las mismas que de conformidad con el artículo 2, Capítulo I, Título I de la Codificación de las Resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de Valores, requieren estar inscritas en el Registro del

contratos de adhesión deberán contemplar los requisitos que, para el efecto, señala la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor y demás leyes aplicables o pertinentes.”

Mercado de Valores. Adicionalmente, constituyen controles externos los peritajes, de los cuales, el avalúo es el más relevante.

El concepto de auditoría externa, de conformidad con el artículo 194 de la Ley de Mercado de Valores, es el siguiente:

“Del concepto.- Se entenderá por auditoría externa la actividad que realicen personas jurídicas, que, especializadas en esta área, den a conocer su opinión sobre la razonabilidad de los estados financieros para representar la situación financiera y los resultados de las operaciones de la entidad auditada. También estas entidades podrán expresar sus recomendaciones respecto de los procedimientos contables y del sistema de control interno que mantiene el sujeto auditado.”

Las funciones de las auditoras externas, de manera general, están establecidas en el artículo 201 de la Ley de Mercado de Valores y en el artículo 5, Sección IV, Capítulo IV, Subtítulo IV, Título II de la Codificación de las Resoluciones expedidas por el CNV. Aunque, de manera más específica, en la referida codificación también se señala que es lo que deben contener los informes que las auditoras externas realicen respecto de las Administradoras de Fondos y Fideicomisos así como de los negocios fiduciarios. Esto lo encontramos en los artículos 11 y 15 de la misma sección, capítulo, subtítulo y título respectivamente.

Hay que tener en cuenta que la auditoría externa también es de gran importancia debido a su función de retroalimentación. Es decir que aporta con los resultados del examen realizado, los mismos que se traducen en observaciones y recomendaciones que pueden ser de gran utilidad para quienes deben tomar decisiones. Al respecto, el artículo 16, Sección IV, Capítulo IV, Subtítulo IV, Título II de la Codificación de las Resoluciones expedidas por el CNV, señala lo siguiente:

“Informe confidencial para la administración.- La auditora externa, deberá dirigir al representante legal del participante del mercado de valores auditado, cuando corresponda un Informe confidencial, que contenga las recomendaciones, observaciones y sugerencias sobre aquellos aspectos de importancia que deban ser tomados en cuenta para la marcha del negocio.

La Superintendencia de Compañías, de considerarlo conveniente, podrá solicitar al representante legal del participante auditado, la presentación del informe confidencial.”

En atención a la independencia e imparcialidad que debe mantener la auditora externa respecto de sus auditados, la Ley de Mercado de Valores ha establecido a través de los artículos 195 y 197, ciertos límites y requisitos que deben observarse como por ejemplo que:

“Los ingresos obtenidos por auditoría externa que provengan de un mismo cliente o empresas vinculadas al que pertenezca éste, no podrán exceder del veinte por ciento de los ingresos anuales de la firma auditora, desde el segundo año de inscrita en el Registro del Mercado de Valores.”

O que:

“...no serán hábiles para efectuar una auditoría externa determinada:

...

c) Quienes presten servicios o tengan vínculos de subordinación o dependencia con la entidad auditada, sus subsidiarias o las entidades o empresas vinculadas;”

Los entes de control externo no estatal desempeñan sus funciones observando normas jurídicas de carácter general y aplicando criterios técnicos que varían en atención al examen realizado, prestando así un soporte de control independiente, especializado, profesional, objetivo, imparcial no subordinado. Entre los mecanismos empleados estarían, las normas de contabilidad, el análisis de los procedimientos contenidos en los manuales y reglamentos en relación a los procedimientos efectivamente observados, la comprobación de requerimientos en base a normas y el uso de información pública respecto de la realidad económica de los diferentes sectores.

Como ya se mencionó en el subtítulo 2.1.1, los fideicomisos en los que participa el sector público están sujetos a normas especiales. Así, los fideicomisos que cuenten con recursos públicos requieren de una autorización previa por parte del ente rector de las finanzas públicas, esto de conformidad con la Disposición General Décima Primera⁴⁶ del

⁴⁶“DECIMA PRIMERA.- Los recursos públicos de las empresas públicas nacionales y de las entidades financieras públicas podrán gestionarse a través de fideicomisos, previa la autorización del ente rector de finanzas públicas. No estarán

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas; y, no están obligados a contratar auditoría externa ya que este control se entendería reemplazado por la Contraloría General del Estado en atención al numeral 1 del artículo 212 de la Constitución. Sin embargo, a través del contrato de fideicomiso se puede establecer la obligatoriedad de contar con auditoría externa privada.

2.3. La protección a terceros derivada del control por parte del sector público

2.3.1. Alcance de la facultad de imperio que tiene el Estado en contraposición con los límites dados por el principio de legalidad para llevar a cabo labores de control

En el capítulo 1 quedó explicado que el principio de legalidad que rige el derecho público, señala que el Estado únicamente puede hacer lo que está expresamente permitido. De modo que la facultad de imperio que tiene para imponerse sobre el administrado y exigirle requisitos solo puede ejercerla en tanto y en cuanto exista una norma que así lo faculte. De modo que la actuación del Estado al llevar a cabo labores de control, también debe ajustarse a lo que señalen las normas respecto del control, es decir que deben realizarse en estricta observancia a las obligaciones que como Estado garantista tiene, pero sin sobrepasar los límites establecidos para proteger los derechos de libertad de las personas.

En este sentido, el Estado actúa a través de diferentes entes que integran el sector público, dependiendo de lo que deba controlar, ya que su actuación también está limitada

sujetas a esta limitación los recursos de personas jurídicas de derecho privado en la banca pública y las entidades financieras públicas.

En casos excepcionales, las entidades del sector público, que no son empresas públicas nacionales ni de las entidades financieras públicas, se podrán gestionar a través de fideicomisos constituidos en instituciones financieras públicas, previa autorización del ente rector de las finanzas públicas.

Para la constitución de fideicomisos con recursos públicos por cualquier entidad pública deberá ser comunicada al ente rector de las finanzas públicas.”

en base a las competencias y facultades que la Constitución o la Ley haya atribuido a cada ente, esto de acuerdo al artículo 226 de la Constitución.⁴⁷

Con el fin de que los entes del Estado puedan cumplir de mejor manera con sus funciones, se ha concedido a algunos de ellos la facultad de emitir normas de carácter general. Así por ejemplo, el Consejo Nacional de Valores puede emitir las normas complementarias y las resoluciones administrativas de carácter general necesarias para la aplicación de la Ley de Mercado de Valores⁴⁸.

En este mismo sentido, los municipios, que de acuerdo con el artículo 264 de la Constitución, son los competentes para ejercer controles sobre el uso y ocupación del suelo; pueden emitir las ordenanzas cantonales dentro del ámbito de su competencia. En consecuencia, el fideicomiso mercantil inmobiliario deberá sujetarse a los trámites y requerimientos municipales del lugar donde se pretenda desarrollar el proyecto inmobiliario, entre lo que estaría también comprendida la normativa relativa a tasas, contribuciones especiales de mejoras y demás tributos de su competencia; permisos de construcción, aprobación de planos, etc.

Es importante destacar que a pesar de que cada ente cuenta con funciones y atribuciones distintas, la Constitución ha establecido como un deber para las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal, el coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.

En virtud de este deber de coordinación, existen normas que establecen el cruce de determinada información entre instituciones, la obligación de comunicar al Ministerio Público ante indicios de haberse cometido un delito, etc.

⁴⁷ Art 226. Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.

⁴⁸ Ley de Mercado de Valores, artículo 9 numeral 4

Sin embargo, en la práctica se evidencia deficiencias en cuanto a coordinación interinstitucional ya que no se cuenta con herramientas tecnológicas adecuadas para realizar un apropiado cruce de información, lo que es agravado en algunos casos por la ambigüedad de las normas o el desconocimiento de algunos conceptos que no son manejados con familiaridad por otras instituciones. Muchas veces, estas deficiencias de coordinación son la causa de que los trámites se tornen engorrosos.

En todo caso, el control que ejerce el Estado se sujeta a normas jurídicas establecidas, siguiendo el principio de legalidad. Pero también, a través de diferentes órganos como el Consejo Nacional de Valores, se pueden emitir otras normas de carácter general relativas al control, de conformidad con sus atribuciones, entendidas estas como expresión del poder ejercido por el Estado sobre los administrados y que solo se justifica por el bien común.

2.3.2. La facultad sancionadora del Estado frente a la necesidad de reparación del perjudicado de la ejecución de un contrato de fideicomiso mercantil inmobiliario

En virtud de que la ejecución de un proyecto inmobiliario implica la interacción de diversas personas y la realización de variadas actividades; en torno al Fideicomiso Mercantil Inmobiliario se dan innumerables acontecimientos que pueden generar afectaciones positivas o negativas a diferentes personas.

Es así como, el área de influencia de este tipo de negocio fiduciario es muy amplia, ya que abarca a los constituyentes del fideicomiso, la fiduciaria y sus trabajadores, el mismo fideicomiso, sus contratistas, promitentes compradores de unidades inmobiliarias, instituciones financieras, cesionarios de derechos de beneficiario, el fisco, etc.

De igual forma, pueden producirse diversos conflictos y daños patrimoniales o morales que requerirán de reparación. En este punto, cabe reiterar la importancia de haber delimitado claramente las funciones, obligaciones y derechos de cada persona que

interviene a lo largo de la ejecución de un proyecto inmobiliario así como la necesidad de contar con normas y conceptos claros; ya que será en base a ello que los perjudicados, de ser el caso, podrán exigir de mejor manera ser reparados.

Respecto de la reparación, vale tener en cuenta el artículo 52 de la Constitución y los artículos 2216, 1572 y 1474 del Código Civil, que se transcriben a continuación:

“Art 52. Las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características.

La ley establecerá los mecanismos de control de calidad y los procedimientos de defensa de las consumidoras y consumidores; y las sanciones por vulneración de estos derechos, la reparación e indemnización por deficiencias, daños o mala calidad de bienes y servicios, y por la interrupción de los servicios públicos que no fuera ocasionada por caso fortuito o fuerza mayor.”

“Art. 2216.- Están obligados a la indemnización el que hizo el daño y sus herederos.

El que recibe provecho del dolo ajeno, sin ser cómplice de él, solo está obligado hasta lo que valga el provecho.”

“Art. 1572.- La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.

Exceptúanse los casos en que la Ley se limita al daño emergente.

Exceptúanse también las indemnizaciones por daño moral determinadas en el Título XXXIII del Libro IV de este Código.”

“Art. 1474.- El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando, además, aparece claramente que sin él no hubieran contratado.

En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el valor total de los perjuicios, y contra las segundas, hasta el valor del provecho que han reportado del dolo.”

Frente a este derecho de reparación está el Estado como garante de derechos, en consecuencia, los que se crean perjudicados pueden acudir ante el Estado para demandar la reparación de quién hubiere causado el daño. Esto sin perjuicio de que también puedan recurrir a métodos alternativos, reconocidos como válidos, en los que este no intervenga.

Así también el Estado, de oficio podrá iniciar las investigaciones que correspondan de acuerdo al tipo de infracción cometida e imponer las sanciones pertinentes, siempre respetando el debido proceso.

2.3.3. Acciones que pueden tomar en defensa de sus derechos las personas que no intervienen en el contrato de fideicomiso mercantil

Para determinar con exactitud las acciones que se pueden intentar es necesario conocer previamente cada caso; es por esto que a continuación únicamente se señalará de manera general lo que podrían hacer en defensa de sus derechos quienes se crean perjudicados por la gestión de una fiduciaria en un fideicomiso inmobiliario.

En virtud de que la representación legal de los Fideicomisos Mercantiles Inmobiliarios son ejercidas por las Administradoras de Fondos y Fideicomisos y que estas tienen como ente de control a la Superintendencia de Compañías a través de la Intendencia de Mercado de Valores; la sanción administrativa a la fiduciaria por infracción a las normas y falta de diligencia en su gestión como fiduciaria, le corresponde en primera instancia a la Superintendencia de Compañías, de conformidad al artículo 208 de la Ley de Mercado de Valores.

La Codificación de las Resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de Valores, en el Capítulo I del Título VII cuenta con disposiciones generales respecto de las *“Denuncias, sanciones y apelaciones de los participantes del mercado de valores”*. Cabe mencionar que las Administradoras de Fondos y Fideicomisos son *“participantes del mercado de valores”* a pesar de que los derechos fiduciarios del fideicomiso mercantil inmobiliario no sean títulos valor.

En dicho capítulo se establece la posibilidad de que se puedan presentar denuncias en contra de los participantes del mercado de valores ante la Superintendencia de

Compañías. Recordemos que a su vez, la Superintendencia, en caso de encontrar indicios de haberse cometido algún delito, deberá comunicar a la Fiscalía.

El poner en conocimiento de organismos y dependencias de la función de Transparencia y Control Social u otros entes del sector público, los perjuicios que hubieren sido causados por sus controlados, es una de las formas en que las personas pueden proteger sus derechos, ya que estas instituciones, a raíz de dichas denuncias podrían enfocar mejor sus controles, iniciar investigaciones y emitir sanciones administrativas, de ser el caso. Lo que podría ser de gran utilidad para los perjudicados que busquen reparaciones en el campo civil o penal.

En caso de cometimiento de delitos, las acciones penales solo podrían practicarse contra personas naturales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 204 de la Ley de Mercado de Valores, ya que las fiduciarias, fideicomisos y demás personas jurídicas son inimputables.

Así también, para la resolución de conflictos, las partes implicadas pueden usar métodos alternativos como la negociación, la mediación o el arbitraje.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que entorno a un fideicomiso inmobiliario también existen otras personas con responsabilidad ante terceros como por ejemplo el constructor respecto de la calidad de la construcción o la compañía encargada de la publicidad respecto de la información publicitada, etc.

CAPÍTULO III

LOS REQUERIMIENTOS LEGALES PARA EL DESARROLLO DEL PROYECTO Y LA CLARIDAD EN LAS NORMAS QUE RIGEN LA TOMA DE DECISIONES COMO GARANTÍA DE LA CORRECTA EJECUCIÓN DEL CONTRATO Y LA DETERMINACIÓN DE RESPONSABILIDADES

Habiendo analizado los límites jurídicos del contrato de Fideicomiso Mercantil Inmobiliario y la eficacia de las normas de control y de protección a las personas dentro del área de influencia del negocio, corresponde ahora a este capítulo estudiar las normas que rigen la toma de decisiones y los requerimientos legales para el desarrollo del proyecto inmobiliario para de este modo conocer si las normas son lo suficientemente claras y los requerimientos idóneos para garantizar la transparencia en la ejecución del contrato.

Para esto, se investigará respecto a la determinación de condiciones técnicas, las implicaciones del equilibrio financiero y los trámites indispensables para llevar adelante un proyecto inmobiliario; así como los conflictos de interés, alcance y límites de los cuerpos colegiados, las normas que rigen la reforma del contrato y el derecho y responsabilidad derivadas de la toma de decisiones en las fases de ejecución del proyecto y liquidación del Fideicomiso Mercantil Inmobiliario.

3.1. La costumbre de establecer en el contrato requisitos técnicos y financieros para la ejecución del proyecto inmobiliario frente a la obligación legal de hacerlo

3.1.1. La importancia de establecer la viabilidad técnica y financiera del proyecto antes de su ejecución, aplicando técnicas de otras ciencias

Partiendo de que los proyectos inmobiliarios se pueden llevar adelante usando la figura jurídica del fideicomiso mercantil inmobiliario, pero también directamente sin la intervención de una fiduciaria que gestione la administración del patrimonio autónomo y celebre en representación del fideicomiso cuanto contrato sea necesario para cumplir la finalidad establecida; y, de que para la elaboración de cualquier proyecto económico se

toma en consideración factores técnicos y financieros que permitan contar con información suficiente respecto de su viabilidad; tenemos que, tanto un proyecto inmobiliario a llevarse a cabo a través de un fideicomiso mercantil inmobiliario como uno que no se instrumente bajo esta figura, deberían estar preparados de manera muy similar, sobretodo en lo relativo a la consideración de factores técnicos y de financiamiento.

Antes de continuar es pertinente remitirnos a algunos conceptos tomados de otras ciencias como la economía y la administración, para luego poder analizar específicamente el tema que nos ocupa, empezando por conocer qué es un proyecto. Según Gabriel Baca Urbina, *“un proyecto es la búsqueda de una solución inteligente al planteamiento de un problema tendente a resolver, entre muchas, una necesidad humana.”*⁴⁹

Otros importantes conceptos son el control y la planificación, los mismos que se encuentran estrechamente relacionados y de los cuales el primero ya fue tratado a lo largo del capítulo dos. Sobre la planificación, Manuel Silverio y Carlos Baldwin, señalan que:

*“Una vez establecidos los objetivos, es necesario programar o planificar los pasos que se habrán de seguir para la consecución de dichos objetivos. Planificar significa prepararnos para hacer mañana lo que decidimos hoy día. Del objetivo general se deducen una serie de objetivos particulares, y de éstos, unos determinados cursos de acción, que deben ser considerados primero desde el punto de vista de su factibilidad, es decir de la posibilidad o no de llevarlos a cabo, de la posibilidad de contar con los recursos humanos y materiales necesarios, etc.; en segundo lugar, es preciso considerar la rentabilidad económica de la alternativa, para lo cual es necesario hacer los cálculos según el valor actual de la totalidad de ingresos y costes que significa la elección de la alternativa; en tercer lugar, se consideran los aspectos sociales y éticos.”*⁵⁰

Asimismo, los mencionados autores destacan la estrecha relación que existe entre la planificación y el control. Sin embargo, para mayor claridad se citará a continuación lo que Luis Avendaño F indica al respecto:

“Debido a la relación tan estrecha que existe entre estos dos conceptos, han sido llamadas las dos hermanas siamesas de las funciones administrativas ya que la una no puede andar

⁴⁹BACA URBINA Gabriel, Evaluación de Proyectos, UPIICSA Instituto Politécnico Nacional, 4ta Edición, Editorial Mc GRAW-HILL, México 2001, p.2

⁵⁰SILVERIO Manuel y BALDWIN Carlos, Cómo Dominar la Economía Empresarial, Introducción General a la Economía Empresarial, Editorial Norma, Bogotá- Colombia 1990, p. 25

separada de la otra. Es apenas natural que no podemos controlar algo que no ha sido planeado para evaluar la buena o mala gestión realizada...”⁵¹

De los fragmentos citados podemos observar que los proyectos buscan soluciones inteligentes a las necesidades humanas y que a través de la planificación encaminada a alcanzar los objetivos esperados, se analizan factores técnicos, financieros y sociales, a fin de determinar la viabilidad de que el proyecto pueda ejecutarse o no, a la vez que se establecen parámetros en base de los cuales se podrán efectuar los controles correspondientes.

Así, se obtiene una información más concreta de las actividades que se llevarán a cabo, sus consecuencias y hasta cierto punto sobre los principales riesgos. Sin embargo, a pesar de que nunca se puede estar exento de riesgo, ya que toda actividad lleva implícita el riesgo; el contar con una buena planificación, en la que como parte del estudio se hayan analizado riesgos, es muy beneficioso para saber cómo actuar ante diferentes contingencias y poder tomar decisiones a tiempo, de manera que las afectaciones negativas se reduzcan en la medida de lo posible.

Pese a ello, hay que considerar que un análisis de riesgo profundo llevado a cabo por profesionales en la materia, podría representar un alto costo dentro de un proyecto inmobiliario mediano o pequeño, el mismo que por afectar gravemente a su rentabilidad, no se justificaría. Aunque de otro lado, cuando se trate de proyectos grandes en los que estén inmersos intereses de muchas personas e ingentes cantidades de recursos, valdría la pena incurrir en el costo que el referido análisis representa. Además, hay que tener claro que las fiduciarias no son calificadoras de riesgo sino administradoras de patrimonios autónomos en base a instrucciones encaminadas a cumplir una finalidad.

En todo caso, una administración diligente toma en cuenta factores técnicos y financieros, ya que su gestión debe ajustarse a lo establecido en el contrato de fideicomiso, de conformidad con el artículo 109 de la Ley de Mercado de Valores, y a través de este, estar ligado a un proyecto inmobiliario determinado. De modo que las actividades y el

⁵¹ AVENDAÑO F. Luis, Óp. Cit p. 9

desembolso de recursos a realizarse, deberán guardar relación también con la capacidad operativa que la fiduciaria pueda ofrecer.

Así por ejemplo, para la etapa en la que se comiencen a celebrar contratos de compraventa, la fiduciaria destinará más tiempo, esfuerzo y personal, para poder cubrir todas las actividades que el desarrollo del proyecto requiera; mientras que en otras fases, no se requerirá de mayor movimiento, lo que podría ser tomado en consideración al momento de fijar las remuneraciones que percibirá la fiduciaria. Téngase en cuenta que el fideicomiso mercantil inmobiliario sería uno de los negocios fiduciarios más operativos.

La planificación del proyecto y la estructuración del contrato de fideicomiso en base al proyecto, tendría como ventaja tener la posibilidad de aprovechar, de manera más eficiente, la flexibilidad para ajustarse a los objetivos fijados, que ofrece esta figura; es decir, que la estructura del contrato debería adaptarse al proyecto como un traje a la medida.

De modo que en virtud del profesionalismo que implica la administración fiduciaria, la gente tendría varias razones para preferir llevar adelante proyectos inmobiliarios a través de fideicomisos, celebrar promesas o contratos de compraventa con fideicomisos o en general contratar con estos, ya sea en calidad de proveedor de materiales, prestador de servicios, etc.

Entre las razones para establecer contractualmente que previo al inicio de la ejecución de un proyecto inmobiliario, se deben haber observado ciertos parámetros técnicos y financieros, podríamos mencionar la necesidad de disminuir riesgos, optimizar recursos, prevenir gastos innecesarios, desperdicio de material, contar con una provisión adecuada y oportuna de recursos, tener suficiente liquidez; en fin, ejecutar el proyecto de manera eficiente; lo que debería traducirse en mayor confianza.

De otro lado, es importante destacar algunas ventajas que brinda la figura del fideicomiso mercantil inmobiliario, como por ejemplo la separación de patrimonios, ya que

el fideicomiso al ser una persona jurídica con patrimonio propio responde únicamente por sus obligaciones. Así por ejemplo, en el caso de que el constituyente mantenga deudas con terceros, estos no podrán cobrarse con bienes que integren el patrimonio autónomo y por consiguiente, el desarrollo del proyecto no se vería afectado por esta causa.

Asimismo, se podría prevenir que sucedan eventualidades desfavorables como por ejemplo que el constructor derroque una vivienda para iniciar con las construcciones de un nuevo proyecto inmobiliario que no cuente con el financiamiento suficiente para su viabilidad y como resultado de ello la fiduciaria deba restituir al constituyente el inmueble aportado pero con la edificación destruida.

3.1.2. Los requisitos mínimos de calidad que se deben observar para la construcción y la provisión oportuna y suficiente de financiamiento

En los contratos de fideicomiso mercantil inmobiliario, es muy común encontrarse con cláusulas que fijan ciertos parámetros financieros, técnicos y legales como condición para el avance de las obras, como por ejemplo el contar con autorizaciones concedidas por diferentes autoridades, haber prometido en venta algún porcentaje de las unidades inmobiliarias que se generan a consecuencia del proyecto, contar con estudios de suelos, planos, etc. Es decir, que de una manera un tanto desarticulada, se establecen requisitos que no responderían a una planificación integral; ya que incluso al momento de celebrarse el contrato de constitución del fideicomiso, a través del cual los constituyentes establecen las instrucciones que la fiduciaria deberá observar; muchas veces no se transfiere siquiera el inmueble donde se levantará el proyecto inmobiliario, ni se conoce sobre las características que deberá tener.

Para llevar adelante proyectos inmobiliarios, independientemente de quien los gestione, se deben observar ciertos requisitos de calidad, ajustarse a los requerimientos establecidos por el Estado y contar con el financiamiento suficiente como para alcanzar el objetivo fijado, tomando en cuenta que no se perjudique derechos de terceros. Aunque lo

ideal sería que todos estos aspectos formen parte de una planificación elaborada de forma sistemática.

Tras haber examinado información relativa a los requisitos legales, técnicos y financieros para llevar adelante un proyecto inmobiliario⁵², me he dado cuenta que estos pueden ser muy variados dependiendo de las características de lo que se pretenda construir, su localización específica y las normas aplicables dependiendo de su circunscripción, los procedimientos aplicados por diferentes funcionarios, el avance del proyecto, etc.

Así, existen parámetros que se deberían cumplir antes de que inicien las construcciones, otros que deben observarse durante estas y finalmente parámetros que deben seguirse para la terminación del proyecto, ya sea que esto se produzca porque fracasó el proyecto o porque se cumplió el objetivo.

De modo que no todos los requisitos que se deben observar para la ejecución de un proyecto inmobiliario contribuyen a determinar su viabilidad; y, lo que en un lugar puede ser un requerimiento para iniciar las construcciones en otro lugar puede ser un requerimiento posterior al inicio de las mismas, esto debido a la falta de uniformidad en cuanto a requerimientos. Por lo tanto sería conveniente que a través de las normas no se confunda entre los parámetros de viabilidad que deben ser verificados para dar paso a la ejecución de un proyecto inmobiliario y los que simplemente deben verificarse en el transcurso de su ejecución o a su finalización.

En cuanto a los requisitos que se podrían establecer para dar paso al inicio de las construcciones, y que la fiduciaria estaría en capacidad de verificar; a continuación se indicará una lista muy general elaborada luego de haber analizado varios factores que involucra el desarrollo de un proyecto, así como parámetros considerados por el Estado y por particulares en torno al tema.

⁵² Noticias, averiguaciones en el Municipio de Rumiñahui y de Quito, Curso de Derecho Registral.

-Contar con las autorizaciones, permisos y licencias conferidas por la autoridad competente, necesarias para iniciar con las construcciones.

-Contar con los planos arquitectónicos, diseños estructurales y demás, elaborados bajo la firma de responsabilidad de profesionales competentes; y, que además estén debidamente aprobados por la autoridad que corresponda.

-Que el fideicomiso sea el titular de los derechos que le permitan usar los planos y diseños para el desarrollo del proyecto.

-Que el fideicomiso sea el propietario del inmueble o los inmuebles donde se construirá el proyecto inmobiliario.

-Que el fideicomiso haya celebrado el contrato de construcción respectivo y que el constructor rinda garantía de fiel cumplimiento y demuestre capacidad técnica suficiente para desempeñar sus obligaciones contractuales como constructor del proyecto objeto del fideicomiso.

-Que el fideicomiso haya contratado un fiscalizador para la obra cuya designación sea realizada por la fiduciaria, esto sin perjuicio de que el municipio, el constructor u otros puedan contar con distintos fiscalizadores.

-Que la fiduciaria cuente con la información completa relativa a presupuestos, cronograma, flujo de caja, estudio de mercado, estudio de factibilidad económica; la cual le permita realizar controles por si misma o a través de terceros.

-Que el fideicomiso cuente con el financiamiento adecuado para cubrir todos los costos que requiera el desarrollo del proyecto, para lo cual únicamente se podrá considerar los recursos del patrimonio autónomo que puedan ser usados para cubrir costos y los flujos futuros que ingresarán al patrimonio del fideicomiso provenientes de promitentes compradores, constituyentes, instituciones financieras, etc. ; siempre que se cuenten con los

sustentos legales y/o técnicos que correspondan según el caso como por ejemplo escrituras de promesas de compraventa, proyecciones de ventas del estudio de mercado, contratos de préstamo, contratos de adhesión al fideicomiso en los que el constituyente se comprometa a una fecha determinada realizar aportes, etc.

Respecto de este último parámetro, se podría establecer que en el caso de que el proyecto se vaya a realizar por etapas, cada etapa esté contemplada de tal manera que sea posible aplicar los criterios mencionados a cada etapa individualmente.

El tomar en cuenta los parámetros indicados, contribuiría a reducir riesgos, proteger derechos de los constituyentes del fideicomiso, de la fiduciaria, de los beneficiarios así como de otros terceros que pudieran verse afectados; y, podrían ser aplicados tanto a proyectos que persigan una utilidad económica como para los que tengan fines sociales.

Además ayudarían a que quienes llevan a cabo labores de control, ya sea este interno, externo estatal o no estatal, cuenten con referentes en base a los cuales puedan hacer las verificaciones que les correspondan, teniendo claro cómo está distribuida la responsabilidad.

Como se ha mencionado en reiteradas ocasiones, para elaborar reformas y establecer cláusulas contractuales así como para elaborar reformas normativas o normas hay que tener en consideración las ciencias jurídicas pero también otras, ya que el derecho no es algo aislado sino que está estrechamente relacionado con la realidad que la podemos entender apoyándonos en otras ciencias. Por esto, es preciso, comprender ciertos conceptos que aunque puedan ser propios de otras ciencias pueden contribuir a formular de mejor manera ciertas normas, siempre y cuando no se tergiverse su sentido original al querer adaptarlos para otros fines como ha ocurrido con el término *“Punto de Equilibrio”* cuya definición en cuanto a proyectos se refiere, proviene de la economía y de las ciencias administrativas.

Gabriel Baca Urbina, señala que:

“El punto de equilibrio es el nivel de producción en el que los beneficios por ventas son exactamente iguales a la suma de los costos fijos y los variables.

En primer lugar hay que mencionar que ésta no es una técnica para evaluar la rentabilidad de una inversión, sino que sólo es una importante referencia a tomar en cuenta, además, tiene las siguientes desventajas:

...

Sin embargo, la utilidad general que se le da es que es posible calcular con mucha facilidad el punto mínimo de producción al que debe operarse para no incurrir en pérdidas, sin que esto signifique que aunque haya ganancias éstas sean suficientes para hacer rentable el proyecto. ...”⁵³

De modo que la concepción de punto de equilibrio, vista desde la economía es muy diferente a la que se le ha dado por costumbre en los contratos de fideicomiso mercantil inmobiliario, ya que el cumplimiento del punto de equilibrio no está relacionado con el cumplimiento de parámetros que avalen el inicio de un proyecto o el uso de recursos de los promitentes compradores sino con el punto a partir del cual no se incurriría en pérdidas.

Así, para la ejecución de cualquier proyecto es indispensable tener una planificación que contemple aspectos técnicos, financieros y también sociales. Esto último en consideración al numeral 15 del artículo 66 de la Constitución que reconoce y garantiza “El derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental.” De modo que como parte de una administración diligente y profesional se debería observar que al menos, antes de que se inicien las construcciones, el fideicomiso cuente con un proyecto tanto técnica, económica como social y ambientalmente viable.

3.1.3. La obligación legal de incluir cláusulas respecto al punto de equilibrio y su verificación

A pesar de que se ha vuelto costumbre el incluir en los contratos de fideicomiso mercantil inmobiliario, bajo la denominación de “*punto de equilibrio*”, parámetros que deben ser observados antes del inicio de las construcciones o para posibilitar el uso de recursos provenientes de promitentes compradores de unidades inmobiliarias; esta

⁵³ BACA URBINA Gabriel, Óp. cit. p. 171 y 172

costumbre no torna tal práctica en obligatoria, ya que entre otras cosas, no es uniforme. Además recordemos que el punto de equilibrio de un proyecto, como fue ya revisado, tiene otra concepción, la cual dista mucho de lo que en los contratos de fideicomiso se suele estipular. En consecuencia, el uso de este término podría provocar confusiones, lo cual no es conveniente, en atención a la seguridad jurídica. Esto a menos que el Estado emita una norma de carácter general que defina lo que deberemos entender por “punto de equilibrio” (ver hecho subsecuente)

Sin embargo, hay que tener presente que el Código Civil, en su artículo 1562 establece que:

“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella.”

De modo que, en virtud de que en la planificación de un proyecto inmobiliario se establecen también parámetros que deben ser observados con la finalidad de que el proyecto pueda tener feliz término; sería obligación de la fiduciaria por su condición de representante legal del fideicomiso y administradora del patrimonio autónomo, realizar como parte de su gestión, las verificaciones que correspondan y velar por su cumplimiento, en la medida en que sus posibilidades lo permitan.

Así, a pesar de que no se hayan establecido en el contrato de fideicomiso, parámetros de control para el desarrollo del proyecto; la fiduciaria por su profesionalismo está obligada a obrar con diligencia en su gestión tomando las medidas necesarias para cumplir con la finalidad establecida en el contrato. De modo que, en atención al artículo 1563⁵⁴ del Código Civil, la fiduciaria podría excusarse de responsabilidad cuando se trate

⁵⁴ Art. 1563.- El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima, en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.

El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora, siendo el caso fortuito de los que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregada al acreedor, o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa.

La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; y la prueba del caso fortuito, al que lo alega.

de caso fortuito o fuerza mayor, debiendo probar su diligencia, recordemos que de conformidad con el artículo 125 de la Ley de Mercado de Valores, esta responde hasta por culpa leve en el cumplimiento de su gestión, que es de medio y no de resultado.

Para mayor claridad es pertinente revisar lo que se entiende por caso fortuito o fuerza mayor, para lo cual se cita a continuación el artículo 30 del Código Civil.

“Art. 30.- Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”

Quedando de este modo, excluidas de la responsabilidad de la fiduciaria las situaciones generadas del caso fortuito o fuerza mayor que escapen a los parámetros establecidos en la planificación del proyecto y que puedan ser controlados por parte de la fiduciaria como parte de su gestión. Así, estaría fuera de la responsabilidad de la fiduciaria el cometimiento de algún error técnico de construcción, siempre y cuando la fiduciaria haya tomado las precauciones necesarias, como por ejemplo el hecho de verificar que las construcciones a llevarse a cabo sean realizadas bajo la responsabilidad de profesionales competentes. Esto en virtud de que la fiduciaria es la administradora del fideicomiso, más no la constructora del proyecto.

De otro lado, hay que tener claro que no solo la fiduciaria estaría obligada a realizar verificaciones, ya que como vimos en el capítulo 2, las normas contemplan también la intervención de controles externos estatales y no estatales, los cuales están a cargo de diferentes personas que de acuerdo a sus obligaciones, podrían también tener algún grado de responsabilidad.

Así por ejemplo, la verificación del cumplimiento de parámetros técnicos correspondería por definición, a entes especializados, sin embargo, esta actividad ejercida por los municipios de conformidad con el artículo 264 de la Constitución; estaría en

Todo lo cual se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes.

algunos casos, ejercida por personas que se limitan a contar requisitos y conferir autorizaciones sin verificar aspectos de fondo, esto dependiendo de las normas de procedimiento específicas a cada localidad.

Así, algunos municipios cuentan con normas y procedimientos para conferir autorizaciones, más estrictas; mientras que, otros realizan únicamente un check list muy liviano. Incluso, en algunos lugares la gente opta por realizar primero la construcción y luego hacer los trámites tendientes a legalizarla. Este desorden, sería una de las causas por las que las ciudades crecen de manera desorganizada y se generan problemas en la provisión de servicios básicos por parte del Estado, generando también entre otros inconvenientes, dificultades para el desplazamiento por no haberse contemplado a través de una planificación, las vías de acceso requeridas por una ciudad a consecuencia de la construcción de nuevos proyectos inmobiliarios.

Respecto de los controles por parte del Estado, cabe indicar que desde el año 2012, se viene anunciando la creación de una nueva Superintendencia con el objetivo de controlar el crecimiento de las ciudades y la construcción segura de las viviendas, la que podría denominarse Superintendencia de Desarrollo Urbano, la misma que se crearía con el próximo Código Orgánico de Desarrollo Urbano⁵⁵. Asimismo se ha anunciado que los municipios tendrán que trabajar en conjunto con el gobierno central en políticas de crecimiento ordenado de las ciudades. Se prevé también, que esta institución pueda decidir sobre permisos de construcción en zonas inundables, quebradas o pendientes.⁵⁶

En todo caso, las normas que se expidan entorno a quienes deben realizar verificaciones y conceder autorizaciones y permisos, deberá tener en cuenta que más allá de que se puedan llevar a cabo actividades coordinadas entre diferentes entes del sector

⁵⁵ Cfr Revista exa, 14 de marzo del 2013, Presidente anuncia la creación de la Superintendencia de Desarrollo Urbano, <http://www.democracia.ec/revista/index.php/entrevistas/9388-presidente-anuncia-la-creacion-de-la-superintendencia-de-desarrollo-urbano.html>, acceso agosto de 2013.

⁵⁶ Cfr Ecuador inmediato.com, 29 de septiembre de 2012, Gobierno creará Superintendencia de desarrollo Urbano, http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=182556&umt=gobierno_crea_superintendencia_desarrollo_urbano, acceso agosto de 2013.

público; de conformidad con el ya mencionado artículo 264 de la Constitución, los gobiernos municipales tienen entre sus competencias exclusivas:

“1. Planificar el desarrollo cantonal y formular los correspondientes planes de ordenamiento territorial, de manera articulada con la planificación nacional, regional, provincial y parroquial, con el fin de regular el uso y la ocupación del suelo urbano y rural.

2. Ejercer el control sobre el uso y ocupación del suelo en el cantón.

...”

En consecuencia, sería conveniente que no haya entes con funciones duplicadas y que al momento de elaborar el código que se pretende expedir, se tomen todas las medidas necesarias para que no se vulnere la referida norma constitucional. Así también, se debería exigir a través de normas, únicamente lo necesario, enfocándose solo en los controles efectivos y estableciendo una adecuada distribución de funciones y de responsabilidades, ya que el poner una larga lista de requerimientos para el desarrollo de proyectos inmobiliarios, podría entorpecer el desarrollo de los mismos.

3.2. La decisión de reformar el contrato y el alcance de las decisiones de los cuerpos colegiados

3.2.1. La posibilidad de establecer cuerpos colegiados en el contrato de fideicomiso mercantil inmobiliario y su finalidad

El literal b) del numeral 2 del artículo 120 de la Ley de Mercado de Valores, establece entre los elementos adicionales que puede contener el contrato de fideicomiso mercantil, *“La existencia o no de juntas de beneficiarios, de constituyentes o de otros cuerpos colegiados necesarios para lograr la finalidad pretendida por el constituyente.”*

Es decir, que este elemento no forma parte del contenido mínimo del contrato ya que la existencia de cuerpos colegiados no es obligatoria, sino opcional.

El establecimiento de cuerpos colegiados para los fideicomisos y sus implicaciones, ha sido un tema no resuelto en la mayoría de legislaciones latinoamericanas. Sin embargo,

existen países como Costa Rica, Honduras y México, donde se ha adoptado la postura de que cuando la fiduciaria actúe ajustándose a los dictámenes o acuerdos de un cuerpo técnico, quedará libre de toda responsabilidad. Es decir que, en esos países, los cuerpos colegiados son de carácter técnico y sus decisiones tienen efecto liberatorio de responsabilidad para la fiduciaria. Pero de otro lado, también, hay legislaciones donde estos órganos se limitan a actuar como asesores o consultores.⁵⁷

En cuanto al sistema anglosajón, cabe indicar que a través de su jurisprudencia, Gran Bretaña y Estados Unidos han rechazado la existencia de estos órganos, precisamente porque no consideran conveniente relevar a la fiduciaria de responsabilidades.⁵⁸

Volviendo a la normativa ecuatoriana tenemos al numeral 8 del artículo 4, Sección I, Capítulo I, Título V de la Codificación de las Resoluciones expedidas por el CNV, que para el respectivo análisis se cita a continuación:

“8. Órganos del negocio fiduciario: en caso de que, para la toma de decisiones, se contemplen juntas, comités u otros cuerpos colegiados deberán señalarse sus atribuciones y forma de integración. La designación de las personas que los conforman, deberá hacerse con base a lo que contemple el contrato.

Las resoluciones adoptadas por los órganos de decisión no podrán alterar, ni en todo ni en parte, el objeto o la finalidad del contrato.

Corresponde a la fiduciaria mantener el archivo de los documentos en el que consten las resoluciones adoptadas por dichos órganos.”

Es decir, que a diferencia de Costa Rica, Honduras y México; en Ecuador no se ha establecido que los cuerpos colegiados deban ser de carácter técnico ni que la actuación de la fiduciaria en base a lo establecido por los cuerpos colegiados, tenga para esta un efecto liberatorio de responsabilidad.

Igualmente, podemos observar que en las normas de carácter general no se han establecido parámetros para su integración, su denominación ni funcionamiento. Así,

⁵⁷ Cfr. GONZÁLEZ TORRE Roberto, Manual de Fideicomiso en Ecuador y América Latina, Editorial Edino 2009, Guayaquil-Ecuador, p. 139 a 141

⁵⁸ Cfr. *Ibíd.*

vemos que el literal b) del numeral 2 del artículo 120 de la Ley de Mercado de Valores, contiene únicamente una enunciación ejemplificativa y no taxativa sobre los cuerpos colegiados que pueden existir, al referirse a las juntas de beneficiarios y juntas de constituyentes. Tampoco se ha establecido como obligación, que la integración de los cuerpos colegiados se haga en base a conocimientos y no en base a beneficios.

Precisamente, debido a la falta de delimitación de parámetros en cuanto a su integración, funcionamiento y alcance de sus atribuciones, los miembros de los cuerpos colegiados pueden quedar expuestos a potenciales situaciones de conflicto de interés, sobre todo cuando estos son a la vez contratistas y constituyentes y/o beneficiarios; y, se les ha atribuido tomar decisiones en las que su condición les impide ser imparciales.

Un ejemplo de ello es cuando el cuerpo colegiado está integrado por representantes del constituyente o del beneficiario, que a la vez es el constructor y, se le ha atribuido la facultad de determinar la viabilidad del proyecto.

Ya que, de conformidad con el artículo 109 de la Ley de Mercado de Valores, las instrucciones a la fiduciaria son establecidas por el/los constituyente/s en el contrato de fideicomiso; y, que el literal b), numeral 2, del artículo 120 de la misma Ley, en concordancia con el numeral 8 del artículo 4, Sección I, Capítulo I, Título V de la Codificación de las Resoluciones expedidas por el CNV; han establecido que en el caso de que sea necesario para cumplir con la finalidad establecida por los constituyentes, se puede estipular la existencia de cuerpos colegiados, para lo cual se deberá hacer constar en el contrato sus atribuciones y forma de integración; podemos concluir que:

Los cuerpos colegiados son órganos de decisión, cuya existencia no es obligatoria, pero en caso de estipularse, deberá hacerse constar su forma de integración, atribuciones, denominación y funcionamiento; aspectos que pueden ser libremente establecidos en el contrato en virtud de que no existe mayor regulación sobre el tema, excepto por ciertos límites muy generales, respecto de los cuales se abordará en el siguiente subtítulo.

De modo que la existencia de cuerpos colegiados está ligada al cumplimiento de la finalidad. Por lo que su actuación no debería entorpecer las gestiones de la fiduciaria sino más bien contribuir en alguna medida para que se logre la finalidad del fideicomiso.

Finalmente, en atención a la autonomía como característica del fideicomiso, es importante destacar que el hecho de que los cuerpos colegiados puedan tomar decisiones, no debe entenderse como que el cumplimiento del objeto del fideicomiso y la gestión de la fiduciaria dependan de la actuación de dicho órgano.

3.2.2. Los límites a las estipulaciones contractuales respecto al funcionamiento de los cuerpos colegiados y del procedimiento de reforma del contrato

A diferencia de otras legislaciones, en Ecuador se puede prever que los cuerpos colegiados estén integrados por beneficiarios, constituyentes o sus delegados, contratistas, diferentes profesionales con conocimientos técnicos, etc.

A pesar de que hay la libertad para integrar cuerpos colegiados técnicos, se debe tener presente que aun así la legislación ecuatoriana no releva a la fiduciaria de responsabilidad. Porque aunque por una parte, a la fiduciaria no se le puede exigir un resultado, por ser sus obligaciones de medio y no de resultado; por otro lado esta responde hasta por culpa leve por el desempeño de su gestión; y, la legislación del país no ha establecido ningún tratamiento diferente en cuanto a la responsabilidad de la fiduciaria cuando actúe en cumplimiento de decisiones de órganos técnicos, como se ha hecho en otros países; ya que se entiende que la administración de la fiduciaria es profesional y precisamente en atención a esa experticia el constituyente ha contratado con esta. Esto sin perjuicio de que como parte de su gestión contrate a otros profesionales, tales como constructores, fiscalizadores, etc.

Lo indicado también se sustenta en la autonomía que caracteriza al patrimonio del fideicomiso y en que la gestión de la fiduciaria se basa en las instrucciones contractuales y que su responsabilidad se extiende hasta la culpa leve; de conformidad con los artículos 109

y 125 de la Ley de Mercado de Valores en concordancia con el artículo 5, Sección I, Capítulo I, Título V de la Codificación de las Resoluciones expedidas por el CNV.

Sin embargo, es preciso recordar que la posibilidad de establecer la existencia de cuerpos colegiados radica en que sean necesarios para lograr la finalidad pretendida por el constituyente y por tanto las resoluciones adoptadas por estos órganos de decisión no pueden alterar, ni en todo ni en parte, el objeto o la finalidad del contrato.

Es decir que los cuerpos colegiados, por ser órganos de decisión, según lo establece el segundo párrafo⁵⁹ del numeral 8, del artículo 4, Sección I, Capítulo I de la Codificación de las Resoluciones expedidas por el CNV; pueden tomar las decisiones que en el contrato de fideicomiso se les haya permitido.

Se debe tener en cuenta que los cuerpos colegiados no pueden alterar a través de sus decisiones, lo establecido en el contrato de fideicomiso y peor aún decidir sobre la reforma al contrato, ya que los cuerpos colegiados como tales, no constituyen partes contratantes.

Pero a pesar de que los cuerpos colegiados no sean parte contratante y que su existencia de por sí no releve a la fiduciaria de responsabilidad; esto no implica que sus miembros queden libres de cualquier responsabilidad por las decisiones que tomen. Tal es así que, el inciso final del numeral 8 del mencionado artículo 4, dispone que *“Corresponde a la fiduciaria mantener el archivo de los documentos en el que consten las resoluciones adoptadas por dichos órganos”*; de modo que cada persona responde por su actuación.

El mantener el archivo de todos esos documentos permite que quienes efectúen controles, ya sean estos internos, externos y estatales, puedan verificar que las decisiones adoptadas por estos órganos cumplan con las normas generales y contractuales y que además estén dentro de sus atribuciones; lo que se traducirá en mayor transparencia.

⁵⁹ “Las decisiones adoptadas por los órganos de decisión no podrán alterar, ni en todo ni en parte , el objeto o la finalidad del contrato”

En virtud de que al transferir bienes a título de fideicomiso mercantil, se entiende que estos salen del patrimonio del constituyente y pasan a formar parte del patrimonio del fideicomiso que es una persona jurídica, los constituyentes al perder la propiedad de dichos bienes, también pierden el derecho a disponer de ellos. En consecuencia, ni los constituyentes ni los beneficiarios designados por estos o sus cesionarios, tienen la facultad de dar a futuro, instrucciones directas a la fiduciaria respecto del patrimonio del fideicomiso.

Además de lo indicado, tampoco podría ser procedente, en virtud de la autonomía e independencia que implica que el patrimonio del fideicomiso sea diferente del de la fiduciaria, constituyentes, beneficiarios y terceros, tal como lo señala el artículo 118 de la Ley de Mercado de Valores.

Así, no procede que los constituyentes, beneficiarios u otros, den instrucciones adicionales a las contractuales, directamente a la fiduciaria. De modo que únicamente los cuerpos colegiados, podrían tomar decisiones, pero siempre y cuando sus miembros hayan sido designados conforme lo establecido en el contrato de fideicomiso y las decisiones sean tomadas al amparo de sus atribuciones, las mismas que no podrán alterar ni en todo ni en parte el objeto o la finalidad del contrato. Además estas decisiones no deberán perjudicar el cumplimiento de la finalidad del fideicomiso, ni los intereses de terceros por obligaciones contraídas por el patrimonio autónomo.

En este punto es importante anotar que las normas no han previsto de manera expresa, prohibiciones para que los miembros de los cuerpos colegiados no puedan tomar ciertas decisiones cuando se encuentren en situaciones de conflictos de interés. Lo que implica que la fiduciaria deba realizar por sí sola, un análisis más profundo sobre las decisiones adoptadas por estos órganos, antes de actuar, a fin de no perjudicar intereses de terceros ni incrementar los riesgos de que el objeto del fideicomiso no se cumpla.

Generalmente, se establece en el contrato que la fiduciaria tiene derecho a voz y veto en las decisiones de los cuerpos colegiados. Sin embargo, de acuerdo a los artículos

109 y 125 de la Ley de Mercado de Valores, la fiduciaria es representante legal del fideicomiso y responde hasta por culpa leve por el desempeño de su gestión que es de medio y no de resultado por lo que, aunque no es directamente responsable por las decisiones tomadas por los cuerpos colegiados, si lo es por sus actuaciones llevadas a cabo en cumplimiento de tales decisiones.

Por último, respecto de las reformas al contrato de fideicomiso se debe tener en cuenta que ni la cesión de derechos fiduciarios ni la adhesión al contrato, implican una reforma al fideicomiso mercantil; y, que de conformidad con el numeral 12 del artículo 4, Sección I, Capítulo I, Título V de la Codificación de las Resoluciones expedidas por el CNV; el procedimiento para reformar el contrato es uno de los elementos fundamentales de los contratos de negocios fiduciarios.

De modo que para reformar un contrato se requiere de al menos el acuerdo de las partes contratantes y someterse para su validez a ciertas formalidades y procedimientos contractuales, sobre los que se abordará en el subtítulo que sigue.

3.2.3. El procedimiento de reforma como elemento fundamental del contrato y las formalidades a las que está sujeto

El artículo 110 de la Ley de Mercado de Valores, en su parte pertinente señala *“El fideicomiso mercantil deberá constituirse mediante instrumento público abierto.”*; y, el artículo 24 del Reglamento General de la Ley de Mercado de Valores establece que *“Todo contrato de fideicomiso mercantil debe otorgarse por escritura pública y deberá reunir los requisitos establecidos en la Ley.”*

De modo que por disposición de la Ley, debe constituirse por instrumento público y por norma reglamentaria, específicamente por escritura pública. Para comprender lo que es un instrumento público abierto y una escritura pública es preciso remitirnos al artículo

1716⁶⁰ del Código Civil, al artículo 164⁶¹ del Código de Procedimiento Civil y al artículo 26⁶² de la Ley Notarial.

Así, en virtud de que el contrato de fideicomiso mercantil es un contrato solemne, tanto su constitución como sus reformas, adhesiones, aclaraciones y demás; deberán someterse a las formalidades establecidas para el otorgamiento de escrituras públicas. Esto de conformidad con el artículo 1724 del Código Civil y el artículo 35 de la Ley Notarial que se citan a continuación:

“Art. 1724.- *Las escrituras privadas hechas por los contratantes, para alterar lo pactado en escritura pública, no surtirán efecto contra terceros.*

Tampoco lo surtirán las contraescrituras públicas, cuando no se ha tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura, y del traslado en cuya virtud ha obrado el tercero.”

“Art. 35.- *Las adiciones, aclaraciones o variaciones que se hagan en una escritura, se extenderán por instrumento separado, y de ninguna manera al margen; pero se anotará en el del primitivo que hay el (sic) instrumento que lo adiciona, aclara o varía, expresando la fecha de su otorgamiento y la foja del protocolo en que se halle.”*

En virtud de que el Art. 4, Capítulo I, Título V de la Codificación de las Resoluciones expedidas por el CNV, que hace referencia a los elementos fundamentales de los contratos de negocios fiduciarios, en su numeral 12 establece que *“en los contratos de negocios fiduciarios debe señalarse el procedimiento para reformar el contrato señalando quienes deben intervenir para su reforma”*; vemos como las normas de carácter general remiten el procedimiento de reforma al establecido contractualmente, el mismo que al igual

⁶⁰ Art. 1716.- Instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente empleado.

Otorgado ante notario, e incorporado en un protocolo o registro público, se llama escritura pública.

⁶¹ Art. 164.- Instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente empleado. Si fuere otorgado ante notario e incorporado en un protocolo o registro público, se llamará escritura pública.

Se consideran también instrumentos públicos los mensajes de datos otorgados, conferidos, autorizados o expedidos por y ante autoridad competente y firmados electrónicamente.

⁶² Art. 26.- Escritura pública es el documento matriz que contiene los actos y contratos o negocios jurídicos que las personas otorgan ante notario y que éste autoriza e incorpora a su protocolo.

Se otorgarán por escritura pública los actos y contratos o negocios jurídicos ordenados por la Ley o acordados por voluntad de los interesados.

que cualquier actuación efectuada en base a la autonomía de la voluntad, no podría ir en contra de ciertos parámetros o formalidades impuestas por el Estado a través de normas.

Es importante mencionar que a falta de prórroga del contrato de fideicomiso, es obligación del fiduciario terminar el contrato al cumplirse el plazo de duración establecido contractualmente, esto de conformidad con el literal d) del artículo 134 de la Ley de Mercado de Valores. En consecuencia, si las partes consideran pertinente prorrogar el plazo, deberán proceder de acuerdo a lo que se haya establecido en el contrato de fideicomiso, a fin de realizar la respectiva reforma, antes de que el plazo estipulado se cumpla y en consecuencia la personalidad jurídica del fideicomiso se extinga.

Es decir, que para el caso del fideicomiso mercantil, existe una cierta libertad para establecer este procedimiento; a diferencia de lo que ocurre por ejemplo para el caso de reformas al estatuto social de una compañía, que cuenta con requisitos específicos establecidos en la Ley de Compañías, los cuales obligatoriamente deben ser observados según el tipo de compañía de que se trate.

Cabe señalar que para interpretar correctamente el numeral 12 del indicado artículo 4, es preciso contrastarlo con el artículo 1561 del Código Civil que señala que *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*. De donde se desprendería que a más de la intervención de las partes contratantes, se podría establecer la participación de terceros para las reformas.

En este punto, es preciso indicar que la renuncia a comparecer a una reforma contractual no es un derecho, ya que de conformidad con el numeral 1 del artículo 83 de la Constitución, no se puede renunciar a cumplir con un requerimiento normativo de carácter general, en este caso el establecido para la reforma al contrato. Téngase en cuenta que de conformidad con el artículo 1561 del Código Civil, en concordancia con el artículo 110 de la Ley de Mercado de Valores, artículo 24 del Reglamento General de la Ley de Mercado de Valores, 35 de la Ley Notarial y numeral 12 del Art. 4, Capítulo I, Título V de la

Codificación de las Resoluciones expedidas por el CNV; la reforma al contrato de fideicomiso mercantil debe instrumentarse por escritura pública y para que proceda, deben comparecer por lo menos los constituyentes y la fiduciaria.

Sin embargo, se podría renunciar a reformar el contrato pero siempre y cuando esta renuncia se enmarque en lo establecido en el artículo 11 del Código Civil que señala que *“Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia.”*; lo que implicaría que el contrato no pueda ser reformado.

De tal modo que se podría establecer contractualmente que a más de los constituyentes y la fiduciaria, deba por ejemplo contarse con la aceptación de los términos en que se reformará el contrato por parte del beneficiario. Sin embargo, independientemente de que se establezca la anuencia de terceros; en virtud de la buena fe, para las modificaciones que se hagan se debe tener cuidado de que estas no perjudiquen derechos de terceros.

3.3. Las implicaciones y requerimientos legales de la fase de ejecución del proyecto inmobiliario y liquidación del fideicomiso

3.3.1. La claridad en las instrucciones para la ejecución del proyecto inmobiliario y para la restitución de bienes como medio para establecer responsabilidades

Como ya se indicó en el apartado 1.3.3, la fiduciaria actúa en base a las instrucciones establecidas contractualmente y a normas de carácter general. Por lo que es de gran importancia contar con normas y contratos redactados de manera clara y coherente. En este sentido, el artículo 2⁶³, Sección I, Capítulo I, Título V de la Codificación de las

⁶³ Art. 2.- Redacción del contrato.- Los contratos deben redactarse en términos sencillos, de forma tal, que sean de clara comprensión y reflejen con fidelidad y precisión, las condiciones jurídicas y económicas que se deriven del contrato, determinando claramente, el objeto del fideicomiso mercantil o del encargo fiduciario y las instrucciones que harán viable el mismo.

Resoluciones expedidas por el CNV, realiza ciertas precisiones entorno a cómo debe redactarse el contrato.

Sin embargo, para estructurar un contrato de fideicomiso es necesario comprender ciertos conceptos y sus implicaciones como por ejemplo saber diferenciar entre constituyentes y beneficiarios⁶⁴, entre entrega de beneficios, restitución y aportes a título de fideicomiso mercantil⁶⁵, entre beneficiarios de un proyecto inmobiliario y beneficiarios de un fideicomiso; y, entre responsabilidades de los contratistas del fideicomiso y responsabilidades de las partes contratantes del contrato de fideicomiso.

Es por ello que a continuación se realizarán ciertas precisiones conceptuales respecto del artículo 113 de la Ley de Mercado de Valores que se cita a continuación:

“De la transferencia a título de fideicomiso mercantil.- La transferencia a título de fideicomiso mercantil no es onerosa ni gratuita ya que la misma no determina un provecho económico ni para el constituyente ni para el fiduciario y se da como medio necesario para que éste último pueda cumplir con las finalidades determinadas por el constituyente en el contrato. Consecuentemente, la transferencia a título de fideicomiso mercantil está exenta de todo tipo de impuestos, tasas y contribuciones ya que no constituye hecho generador para el nacimiento de obligaciones tributarias ni de impuestos indirectos previstos en las leyes que gravan las transferencias gratuitas y onerosas.

La transferencia de dominio de bienes inmuebles realizada en favor de un fideicomiso mercantil, está exenta del pago de los impuestos de alcabalas, registro e inscripción y de los correspondientes adicionales a tales impuestos, así como del impuesto a las utilidades en la compraventa de predios urbanos y plusvalía de los mismos. Las transferencias que haga el fiduciario restituyendo el dominio al mismo constituyente, sea que tal situación se deba a la falla de la condición prevista en el contrato, por cualquier situación de caso fortuito o fuerza mayor o por efectos contractuales que determinen que los bienes vuelvan en las mismas condiciones en las que fueron transferidos, gozarán también de las exenciones anteriormente establecidas. Estarán gravadas las transferencias gratuitas u onerosas que haga el fiduciario en favor de los beneficiarios en cumplimiento de las finalidades del contrato de fideicomiso mercantil, siempre que las disposiciones generales previstas en las leyes así lo determinen.

La transferencia de dominio de bienes muebles realizada a título de fideicomiso mercantil está exenta del pago del impuesto al valor agregado y de otros impuestos indirectos. Igual exención se aplicará en el caso de restitución al constituyente de conformidad con el inciso precedente de este artículo.”

⁶⁴ Diferencias entre la calidad de Constituyente y la de Beneficiario, explicadas en el apartado 1.2.3

⁶⁵ Implicaciones del aporte a título de fideicomiso mercantil, explicado en el apartado 2.2.2

Como se puede observar, el primer párrafo del artículo indica que, en virtud de que los aportes que hacen los constituyentes al patrimonio autónomo del fideicomiso no representan un provecho económico ni para el constituyente ni para la fiduciaria sino que se realizan como medio para que la fiduciaria pueda cumplir con las finalidades del contrato, está exenta del pago de tributos a los que están sujetas las transferencias gratuitas y onerosas, ya que por tal motivo no constituye hecho generador. Sobre este punto es importante anotar que a diferencia del aporte a título de fideicomiso mercantil, la cesión de derechos fiduciarios si puede ser gratuita u onerosa, a pesar de que el recibir un beneficio sea una mera expectativa.

En los otros dos párrafos se señala de manera más concreta sobre las exenciones tributarias de los aportes a título de fideicomiso mercantil cuando tales aportes consisten en bienes muebles e inmuebles. Así, con respecto a los inmuebles, señala que están exentos de:

- impuestos de alcabalas
- registro e inscripción y de los correspondientes adicionales a tales impuestos
- impuesto a las utilidades en la compraventa de predios urbanos y plusvalía

Mientras que respecto de los muebles, están exentos del pago de:

- impuesto al valor agregado
- otros impuestos indirectos.

Ahora en cuanto a la restitución cabe aclarar que para efectos de interpretar lo que debemos entender por restitución, en un fideicomiso mercantil, no debemos remitirnos al último inciso⁶⁶ del artículo 748 del Código Civil, ya que el artículo 137⁶⁷ de la Ley de

⁶⁶ “La traslación de la propiedad a la persona en cuyo favor se ha constituido el fideicomiso, se llama restitución.”

⁶⁷ Art. 137.- De las interpretaciones.- Se excluye expresamente de la interpretación y efectos de los contratos de fideicomiso mercantil a las instituciones civiles referentes al fideicomiso, previstas en los libros Segundo y Tercero del Código Civil, por tener un fundamento diferente y de diversa naturaleza legal.

Mercado de Valores, excluye de manera expresa tal interpretación. En consecuencia, la restitución no debe entenderse como entrega al beneficiario sino al constituyente.

De modo que usando como base únicamente el artículo 113 de la Ley de Mercado de Valores, diríamos que la restitución es la transferencia al constituyente de bienes que integran el patrimonio autónomo del fideicomiso, la misma que procede en tres situaciones; y que, dependiendo de lo que se restituya, podrá estar gravada o exenta.

Así, estas tres situaciones en las que procede la restitución y que están exentas son:

- 1.- por la falla de la condición prevista en el contrato
- 2.- por cualquier situación de caso fortuito o fuerza mayor
- 3.- por efectos contractuales que determinen que los bienes vuelvan en las mismas condiciones en las que fueron transferidos

De modo que, ante la falla de la condición o la imposibilidad del cumplimiento del objeto del fideicomiso se restituye los bienes del patrimonio autónomo del fideicomiso al/los constituyente/s, observando las exenciones aplicables.

Mientras que las transferencias que se hagan en favor del beneficiario no están sujetas a las exenciones aplicables a la transferencia a título de fideicomiso mercantil y a las restituciones. Es decir, que las transferencias de beneficios si están gravadas, a menos que la ley prevea alguna excepción específica para ciertos casos.

Por lo que sería conveniente que el Consejo Nacional de Valores, para precautelar los derechos del beneficiario, establezca que se incluya una advertencia expresa para el beneficiario a través de la rendición de cuentas y la cesión de derechos fiduciarios, de ser el caso; respecto de los casos en que opera la restitución y sobre los tributos a los que están sujetos los beneficios.

Respecto del tema tributario, sería conveniente que el Estado al emitir normas haga una diferenciación entre los fideicomisos que buscan un fin de lucro y los que tienen fines sociales, así como el origen de los recursos a ser utilizados para el desarrollo del proyecto inmobiliario. De modo que se tengan normas claras respecto de los tributos que se deben pagar cuando el proyecto inmobiliario consista, por ejemplo, en la construcción de escuelas y hospitales públicos y esté financiado con recursos públicos; y, cuando se trate sobre la construcción de edificios para oficinas y su financiamiento provenga del sector privado.

Es importante indicar que el ser beneficiario en un fideicomiso no es lo mismo que ser beneficiario de un proyecto inmobiliario desarrollado a través de un fideicomiso. Así por ejemplo, los estudiantes podrían ser beneficiarios del proyecto inmobiliario que consista en la construcción de centros de estudio aunque se haya designado como beneficiario del fideicomiso a una determinada institución del sector público.

A pesar de que en el contrato de fideicomiso se pueda instruir a la fiduciaria sobre los derechos y obligaciones que estarán a cargo de los diferentes contratistas del fideicomiso que participarán en la ejecución del proyecto inmobiliario; hay que tener claro que el contrato de fideicomiso es únicamente un contrato de fideicomiso y no es uno de construcción, de comodato, etc. Es decir, que si el constituyente del fideicomiso a la vez será también el constructor; la fiduciaria en representación del fideicomiso, como parte del profesionalismo y debida diligencia, deberá celebrar con este un contrato de construcción, en el que consten los derechos y obligaciones que como contratista le correspondan así como los derechos y obligaciones del fideicomiso respecto de este.

De modo que se pueda conocer con claridad sobre las responsabilidades de cada uno. En este punto, es preciso resaltar la importancia de transparentar alguna información respecto de quienes están detrás de la ejecución de los proyectos inmobiliarios y que tienen algún grado de responsabilidad. Esto con el fin de precautelar derechos de terceros para que ellos también puedan conocer como está repartida la responsabilidad y conocer contra quiénes accionar en caso de ser necesario.

Pero esto no solo tiene relevancia respecto de la protección de derechos de terceros sino que también es útil para que la fiduciaria y los que están a cargo de controles externos estatales y no estatales, puedan ejercer un control más eficiente y tengan claro qué exigir a quién, de manera oportuna.

3.3.2. La obligación del Estado de proteger derechos y mantener el orden público a través del establecimiento de requerimientos jurídicos entorno a la ejecución de proyectos inmobiliarios y la extinción del patrimonio autónomo

La Constitución 2008, entre las garantías Constitucionales contempla, a través del artículo 84 las garantías normativas en los siguientes términos:

“La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.”

En consecuencia, respecto del fideicomiso mercantil y el desarrollo de proyectos inmobiliarios, los órganos con potestad normativa dentro del límite de sus atribuciones establecidas por la Constitución o la Ley, tienen por obligación el emitir normas de carácter general conducentes a proteger los derechos de las personas que intervienen en la ejecución de proyectos inmobiliarios y las partes contratantes de los fideicomisos mercantiles inmobiliarios así como de los beneficiarios y otros terceros tales como promitentes compradores, proveedores, etc.

Pero hay que tener presente que al igual que en los controles, únicamente es conveniente implementar los eficaces. Es decir que, al momento de establecer normas de carácter general es preciso que el Estado norme de manera clara y concreta lo estrictamente necesario, para lo cual se requeriría de una adecuada coordinación entre diferentes entes que forman parte del sector público; evitando así que se incorporen al ordenamiento jurídico normas repetitivas, contradictorias, que no respondan a las necesidades de la

sociedad o que establezcan tantos detalles que puedan llegar a afectar los derechos de libertad de las personas y como consecuencia, no contribuyan de manera eficiente a proteger derechos y mantener el orden social.

Así también se debe tener en cuenta que debido a la especialización en el conocimiento que se requiere en cuanto a estos temas, lo más conveniente sería que las personas que intervengan en la formulación de dichas normas, además de poseer los conocimientos necesarios, tomen en consideración los puntos de vista de diferentes profesionales y personas en general que tengan experiencia en el manejo de proyectos inmobiliarios y fideicomisos mercantiles de este tipo, a fin de que las normas que se emitan sean consecuentes con las necesidades de la sociedad.

Un ejemplo respecto de las normas que para su emisión requerirían de la participación de personas especializadas y con experiencia, es precisamente las que hacen referencia al punto de equilibrio de un proyecto inmobiliario y la toma de decisiones durante la ejecución del contrato de fideicomiso mercantil inmobiliario y su extinción; ya que para ello se vuelve indispensable tener conceptos jurídicos claros y además conocer la operatividad que en la práctica implica este tipo de fideicomisos.

De otro lado, hay que aceptar que el derecho debe apoyarse en otras ciencias para poder cumplir de mejor manera sus finalidades. Es así que para determinar lo que deberíamos entender por punto de equilibrio, qué parámetros deberían observarse para su cumplimiento y a qué entes les correspondería su verificación; es preciso, además del derecho, recurrir a la ingeniería, a la arquitectura y a la economía.

Un mecanismo eficiente para proteger derechos y mantener el orden público es la transparencia. Dentro del ámbito mercantil en el que se circunscribe el fideicomiso mercantil inmobiliario, el artículo 336⁶⁸ de la Constitución señala que el Estado asegurará la transparencia.

⁶⁸ Art. 336.- El Estado impulsará y velará por el comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad, que minimice las distorsiones de la intermediación y promueva la sustentabilidad.

Sobre el tema de la liquidación del fideicomiso, valdría aclarar a través de normas, sobre algunos de los conceptos indicados en el apartado anterior y sus implicaciones en materia tributaria, para lo cual sería necesario un trabajo conjunto entre la Superintendencia de Compañías, el Servicio de Rentas Internas, los municipios, Registros de la Propiedad y Mercantiles de todo el país.

Para fortalecer la transparencia es necesario que las funciones tanto de los entes del Estado como de quienes participan a lo largo de la ejecución de un proyecto inmobiliario, estén claramente definidas. De este modo se evitaría concentrar los controles en una misma institución o repetir procedimientos, además que contribuiría a que se puedan implementar mejores sistemas de cruce de información.

Así por ejemplo, con el fin de que las personas puedan contar con la información necesaria y oportuna para exigir sus derechos, podría ser de gran utilidad recurrir a herramientas que nos ofrece la tecnología como el uso de una revista virtual exclusivamente dedicada a la publicación y difusión de información sobre los fideicomisos mercantiles inmobiliarios. Estos datos podrían ser:

- la denominación del fideicomiso
- fecha de constitución y duración
- la denominación de la fiduciaria
- el nombre de la auditora externa del fiduciario
- el nombre de la auditora externa del fideicomiso
- una breve descripción del proyecto que se construye y su ubicación
- indicación del municipio competente para ejercer el control sobre el uso y ocupación del suelo
- el nombre del/los constructor/es
- un aviso sobre su liquidación cuando esté próxima
- detalle de los integrantes de los cuerpos colegiados, en el caso de existir

El Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley.

De este modo, terceros que pudieran verse perjudicados podrán contar con información para iniciar las acciones que crean pertinentes.

3.3.3. Los requerimientos normativos a los que están sujetas las fases de ejecución del proyecto inmobiliario y terminación del contrato de fideicomiso mercantil inmobiliario

Durante la ejecución de cualquier proyecto inmobiliario se deben cumplir con una serie de requerimientos con diferentes entes del sector público, tales como el Servicio de Rentas Internas, Superintendencia de Compañías, etc.; pero principalmente los establecidos por los Municipios ya que, como se mencionó en el subtítulo 2.3.1, está bajo su competencia, ejercer controles sobre el uso y ocupación del suelo, para lo cual también están facultados a emitir las ordenanzas correspondientes.

En consecuencia los requisitos y procedimientos para la concesión de permisos de construcción, pago de tributos municipales, otorgamiento de garantías, aprobación de planos y demás; variará en función del lugar donde se vaya a desarrollar el proyecto inmobiliario y de las características de lo que se pretenda construir.

De modo que no existe uniformidad en cuanto a requerimientos ni procedimientos a seguir, incluso, en algunos municipios se han adoptado ciertas prácticas que no guardarían coherencia con el orden de requerimientos exigidos en otros municipios como por ejemplo, en el Municipio de Quito, la declaratoria de propiedad horizontal la suelen solicitar luego de que la obra está construida, mientras que en el Municipio de Rumiñahui la obtención de dicha declaratoria debe ser obtenida con anterioridad.⁶⁹

⁶⁹ Centro de Especialización y Capacitación Integral Integralcecai, Seminario- Taller de Derecho Registral, del 24 al 28 de junio de 2013; y, averiguaciones en el Municipio de Rumiñahui, julio de 2013.

Es decir que, también entorno al sector de la construcción, existirían distintas prácticas, generadas de la dinámica del sector, en las cuales no se profundizará en esta ocasión debido a que no es del objeto de este trabajo.

Sin embargo vale indicar que en atención al deber de coordinación y a los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación; que rigen la administración pública, establecidos en los artículos 226 y 227 de la Constitución, respectivamente; le correspondería al Estado a través de diferentes entes del sector público el realizar un análisis al sector de la construcción, sus prácticas y las normas locales y nacionales a las que debe sujetarse, a fin de uniformizar ciertos procedimientos básicos, coordinar el cruce de datos para eliminar requisitos innecesarios y simplificar trámites, lograr controles más eficaces y procedimientos más amigables con los usuarios.

Ahora, en cuanto a la terminación del Fideicomiso Mercantil Inmobiliario, la Ley de Mercado de Valores cuenta con normas precisas relativas a la terminación del fideicomiso y sus causales.

Tenemos así, al literal e) del artículo 103 de la Ley de Mercado de Valores que señala como obligaciones de la administradora de fondos y fideicomisos en su calidad de fiduciaria:

“e) Terminar el contrato de fideicomiso mercantil o el encargo fiduciario, por el cumplimiento de las causales y efectos previstos en el contrato;”

Al tercer párrafo del artículo 110 de la misma Ley que al referirse a la vigencia del contrato señala que:

“El fideicomiso mercantil tendrá un plazo de vigencia o, podrá subsistir hasta el cumplimiento de la finalidad prevista o de una condición. La duración del fideicomiso mercantil no podrá ser superior a ochenta años, salvo los siguientes casos:..”

De la misma manera, los literales g) e i) del numeral 1 del artículo 120 de la Ley de Mercado de Valores establecen que en los contratos de fideicomiso se debe hacer constar por lo menos:

“g) Las causales y forma de terminación del fideicomiso mercantil;

...

i) Las condiciones generales o específicas para el manejo, entrega de los bienes, frutos, rendimientos y liquidación del fideicomiso mercantil.”

De modo que la fiduciaria durante su gestión deberá remitirse a los procedimientos, condiciones e instrucciones especificados en el respectivo contrato de fideicomiso. Pero también deberá observar lo dispuesto en el artículo 134⁷⁰ de la Ley de Mercado de Valores, respecto de las causas de terminación de los negocios fiduciarios.

Como se puede observar, la Ley de Mercado de Valores establece que la forma en que se liquidará el fideicomiso debe constar en el contrato y que es obligación de la fiduciaria terminar el contrato por el cumplimiento de las causales. De modo que, al verificarse alguna de éstas, la fiduciaria tiene por obligación terminar el contrato, liquidar el patrimonio y restituir o entregar los bienes de conformidad con lo previsto en las cláusulas del contrato y demás normas aplicables, tomando siempre en cuenta que el fideicomiso es un contrato solemne.

Cabe indicar que la Ley de Mercado de Valores no contempla la institución de la disolución del fideicomiso mercantil sino únicamente la liquidación a diferencia de la Ley de Compañías. Sobre este punto, el artículo 109 de la Ley de Mercado de Valores, en su parte pertinente, claramente señala:

⁷⁰ “Art. 134.- Terminación del fideicomiso mercantil.- Son causas de terminación del fideicomiso mercantil o del encargo fiduciario, además de las previstas en el contrato constitutivo, las siguientes:

- a) El cumplimiento de la finalidad establecida en el contrato;
- b) El cumplimiento de las condiciones;
- c) El cumplimiento o la falla de la condición resolutoria;
- d) El cumplimiento del plazo contractual;
- e) La imposibilidad absoluta de cumplir con la finalidad establecida en el acto constitutivo;
- f) La sentencia ejecutoriada dictada por autoridad judicial competente o el laudo arbitral, de conformidad con la ley;
- g) La resciliación del contrato de fideicomiso mercantil, siempre que no afecte los derechos del constituyente, de los constituyentes adherentes, del beneficiario, de acreedores del fideicomiso mercantil o de terceros; y,
- h) La quiebra o disolución del fiduciario, siempre que no exista sustituto.”

“El patrimonio autónomo (fideicomiso mercantil), no es, ni podrá ser considerado como una sociedad civil o mercantil, sino únicamente como una ficción jurídica capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones a través del fiduciario, en atención a las instrucciones señaladas en el contrato.”

A diferencia de lo que ocurre con las compañías, la personalidad jurídica del fideicomiso se extingue a partir del cumplimiento de la causal de terminación y al no existir otra persona privada o pública competente para verificar dicho cumplimiento, más que la misma fiduciaria, en atención a los numerales d) y e) del artículo 103 de la Ley de Mercado de Valores, le correspondería a ésta declarar el cumplimiento de la causal y proceder conforme lo instruido contractualmente para la liquidación. De ahí la necesidad de que el contrato cuente con instrucciones y procedimientos claros al respecto.

HECHO SUBSECUENTE

Expedición de la Resolución CNV-006-2013

El 24 de septiembre de este año se publicó en el Registro Oficial No. 87 la Resolución CNV-006-2013, la cual reforma algunos artículos de la Codificación de las Resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de Valores e incorpora otras normas.

Las modificaciones a la referida codificación están relacionadas precisamente a los fideicomisos mercantiles inmobiliarios y al punto de equilibrio, razón por la cual es oportuno incorporar a este trabajo de investigación, el análisis que se realizará a continuación así como una copia de dicha resolución.

Motivación

Entre las motivaciones de esta resolución vale mencionar al numeral 15 del artículo 66 de la Constitución, el mismo que garantiza *“El derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental.”*; y, la necesidad de precautelar intereses de quienes intervienen en negocios fiduciarios, relacionados con el desarrollo de proyectos inmobiliarios, así como de terceros vinculados, sobretodo de aquellos que entregan sus recursos al fiduciario para la ejecución de dichos proyectos.

Entre los fines que persigue esta resolución estaría el transparentar la información, regular la actividad de la fiduciaria y establecer parámetros de control, como mecanismos para proteger derechos.

Derechos fiduciarios

A través de la resolución, el CNV resuelve reemplazar en el Glosario de términos de la Codificación, la anterior definición de *“Derechos Fiduciarios”*, la cual incurría en error

y en consecuencia inducía a confusiones. Esto por contener la palabra “*restitución*” ajustada a lo dispuesto en el artículo 748 del Código Civil, el mismo que por disposición expresa del artículo 137 de la Ley de Mercado de Valores, está excluida para fines de interpretación. De modo que la restitución en el fideicomiso mercantil solo puede entenderse como la entrega de bienes al constituyente, en los términos establecidos en el artículo 113 de la Ley de Mercado de Valores.

Sin embargo la actual definición, lejos de solventar errores y clarificar conceptos, torna aún más confusa su interpretación, al establecer que la transferencia de beneficios pueda ser “*onerosa o gratuita*” y que se pueda entregar como beneficio “*activos o el producto de su administración*”; lo que llevaría a pensar que los derechos fiduciarios podrían usarse para comprometer a una persona a comprar un inmueble o que se puedan entregar pasivos a los beneficiarios; lo cual no es procedente, conforme fue analizado a lo largo del trabajo de investigación.

En este punto, es importante mencionar que cualquier interpretación que se haga a esta definición debe guardar concordancia con la Ley de Mercado de Valores y demás normas de la misma jerarquía o superiores, que sean aplicables.

Adecuación de procedimientos internos

El CNV resolvió incorporar un subnumeral al artículo 26, Sección III, Capítulo I, Subtítulo III, Título II de la codificación, que se refiere al contenido del Reglamento Operativo Interno de las Administradoras de Fondos y Fideicomisos. De tal modo que en dicho reglamento deberán constar “*3.6 Procedimientos de control interno para administrar los riesgos asociados a cada negocio fiduciario, así como la revelación del riesgo y el diseño e implementación de mecanismos para su monitoreo y mitigación*”.

Respecto de lo mencionado, considero que se debería aclarar sobre el alcance de dicha disposición, sobretudo en lo referente a la “*revelación de riesgo*” y sus implicaciones, teniendo en cuenta que las fiduciarias no son calificadoras de riesgo sino que

su especialización es la administración de patrimonios autónomos o bienes entregados en encargo fiduciario más no la revelación de riesgo.

Además hay que tener en cuenta que tanto los encargos fiduciarios como los fideicomisos mercantiles son figuras jurídicas muy versátiles que pueden emplearse no solamente para llevar adelante proyectos inmobiliarios sino para un sinnúmero de fines. Por lo que pretender que la fiduciaria deba volverse experta en temas de riesgo en cualquier ámbito, sería imponerle la realización de actividades que no forman parte de su objeto social. Sin embargo, el establecer que las fiduciarias cuenten con procedimientos de control interno para mitigación de riesgos, pienso que es algo positivo, claro que sin llevarlo al extremo y tomando en consideración que su implementación podría significar un encarecimiento de costos, lo que provocaría que los negocios fiduciarios sean usados cada vez con menos frecuencia, al no ser económicamente idóneos para cumplir con sus fines.

En torno a los requerimientos establecidos en esta reforma, la disposición transitoria primera establece que las fiduciarias tendrán un plazo máximo de 90 días contados a partir de la publicación de la Resolución, para adecuar sus procedimientos administrativos internos conforme lo establecido en la referida resolución.

Sistemas de Control Interno y Disposiciones Generales

Con la resolución, el CNV incorpora dos artículos a la Sección III, Capítulo I, Subtítulo III, Título II de la codificación, el número 30 y el 31.

El artículo 30, que se refiere al Sistema de Control Interno, establece la obligación de las fiduciarias de implementar sistemas de control interno que contribuyan de manera adecuada a administrar los riesgos asociados a cada negocio fiduciario. El primer párrafo de este artículo se refiere de manera general a todos los fideicomisos mercantiles y encargos fiduciarios, tengan o no relación con el desarrollo de proyectos inmobiliarios.

Mientras que a partir del segundo párrafo se refiere exclusivamente a los “*Fideicomisos Mercantiles Inmobiliarios*”, señalando a lo largo de 6 numerales, las disposiciones que la fiduciaria deberá observar cuando administre fideicomisos bajo esta modalidad. Entre estos numerales, solo el 6 se refiere al punto de equilibrio y cuenta con 7 subnumerales.

El numeral 1 establece como obligación para la fiduciaria, el verificar que el dinero aportado por él/los constituyente/s a título de fideicomiso mercantil al momento de la constitución, sea suficiente para adquirir el inmueble donde se llevará a cabo el proyecto inmobiliario. Para esto, deberá solicitar a los constituyentes el contrato de la negociación del inmueble y el precio pactado. La disposición de este numeral, por obvias razones, únicamente es aplicable cuando el inmueble no ha sido aportado inicialmente por el constituyente.

El numeral 2 establece que las promesas de compraventa y venta que se celebren, deberán instrumentarse por escritura pública y contener una enunciación clara y precisa de las obligaciones y derechos de las partes, a fin de poder exigir su cumplimiento. Además se establece que en estos contratos debe incluirse una cláusula que obligue al comprador o promitente comprador a pagar directamente al fideicomiso. En cuanto a la redacción, pienso que en este numeral se omitió aclarar que los contratos a los que se refiere son los relacionados a la transferencia de inmuebles, ya que no toda compraventa requiere la solemnidad de escritura pública.

De otro lado, a pesar de que ya existen normas, en cuerpos como el Código Civil que establece que las promesas de compraventa y compraventa de inmuebles requieren para su validez, instrumentarse por escritura pública; tal vez, el CNV consideró necesario reiterar expresamente la obligatoriedad de esta formalidad, debido a la frecuente práctica de costumbre contra legem que consiste en celebrar contratos privados de reserva de inmuebles, los mismos que por carecer de validez y eficacia probatoria, no son exigibles y exponen a las partes contratantes a no poder reclamar el cumplimiento de lo pactado.

El numeral 3 señala *“Recibir directamente los recursos para financiar el desarrollo del proyecto, sin importar la fuente de los mismos”*. Respecto de esta disposición, únicamente valdría rectificar en el sentido de que es el fideicomiso representado por la fiduciaria quién debe recibir directamente los recursos, esto por la separación de patrimonios que existe; ya que actualmente la norma se leería así: *“..., la fiduciaria deberá... 3.Recibir directamente...”*.

El numeral 4 establece como una obligación para la fiduciaria, el *“Advertir de manera expresa y en forma destacada en los programas de difusión, campañas publicitarias y la papelería que se utilice para promocionar los proyectos inmobiliarios, que estos se desarrollarán a través de un fideicomiso mercantil representado por una fiduciaria”*.

Esta disposición es muy útil para que la gente pueda identificar con claridad, bajo quién está la administración del proyecto que se ejecuta. Sin embargo, creo que la disposición debió extenderse también a transparentar los nombres de quienes están detrás del proyecto y tienen algún grado de responsabilidad frente a terceros como por ejemplo el constructor respecto de la calidad de la construcción; recordemos que la fiduciaria no es la única que tiene responsabilidades frente a terceros por su gestión y que sus obligaciones son de medio y no de resultado; de modo que, cada quien responde por sus propias acciones u omisiones.

El numeral 5 se refiere a la publicidad que se efectúe con relación al proyecto inmobiliario y establece que esta no podrá inducir al público a errores, equívocos o confusiones. De la redacción de este numeral se desprendería que la fiduciaria únicamente asume la responsabilidad sobre la publicidad cuando se realice con dineros del patrimonio autónomo; lo cual tiene sentido ya que la fiduciaria es la que administra el patrimonio pero no responde por publicidad engañosa realizada por terceros con recursos distintos a los que administra.

Sin embargo, en el caso en que la fiduciaria tenga conocimiento de que la publicidad realizada por estos no se ajusta a las normas y no haya tomado ninguna acción tendiente a que esta situación cese o se rectifique; dependiendo de la gravedad, podría conllevarle responsabilidades por omisión.

El numeral 6 establece que está bajo la responsabilidad exclusiva de la fiduciaria el vigilar, verificar y certificar, el cumplimiento de al menos los 7 parámetros para la conformación del punto de equilibrio, que allí se señalan. En este punto es importante remitirnos a lo establecido en el sexto considerando de la resolución, ya que de este se desprende que el “*punto de equilibrio*” sería el cumplimiento de ciertos parámetros mínimos para iniciar el proyecto inmobiliario. Es decir, una concepción muy distinta a lo que es en realidad el punto de equilibrio de un proyecto, visto desde las ciencias económicas y administrativas.

En todo caso, estos siete parámetros que la fiduciaria debe verificar antes de que el proyecto inmobiliario inicie son:

1.- Que se la transferencia de dominio al fideicomiso, del inmueble o los inmuebles donde se construirá el proyecto, se encuentre perfeccionada. Para lo cual deberá haberse hecho la respectiva inscripción en el Registro de la Propiedad.

2.- Que el inmueble donde se construirá el proyecto esté libre de gravamen, limitación de dominio, prohibición de enajenar y que no pese sobre el mismo orden judicial ni administrativa. Desde mi punto de vista, este parámetro sería uno de los mayores errores que trae la resolución ya que una de las formas más usadas para conseguir el financiamiento para el desarrollo del proyecto, es precisamente hipotecar el inmueble a una entidad financiadora en garantía de las obligaciones contraídas con esta. De modo que con esta restricción, se deberá buscar otros medios para garantizar las obligaciones contraídas para la obtención de los recursos necesarios, lo que dificultaría su financiamiento a través de instituciones financieras y provocaría que el proyecto se encarezca.

3.- Que acrediten experiencia, solvencia, capacidad técnica, administrativa y financiera acorde a la magnitud del proyecto, los constructores y/o promotores. Respecto de este parámetro sería pertinente que se defina lo que se debe entender por “promotores”, ya que esta palabra podría llevar a varias confusiones. En cuanto a la definición de constructor, no habría mayor problema porque se entiende de manera evidente que se trata de quién celebra con el fideicomiso un contrato de construcción. Por lo demás, considero que este requerimiento contribuirá para la mitigación del riesgo, ya que si el constructor ha acreditado cumplir con el perfil requerido, será más probable que pueda responder de mejor manera en caso de que se presenten contratiempos.

4.- Que presenten el correspondiente estudio de factibilidad del proyecto, “los constructores y/o promotores”. Como mínimo esto deberá contener estudios de mercado, técnico y financiero, los cuales sustenten la viabilidad técnica, financiera, ambiental y socio-económica del proyecto; así como también el presupuesto y cronograma de la obra, en el que se incluya el tiempo estimado para su ejecución y en el caso de que el proyecto se vaya a ejecutar por etapas, se deberá incluir el cronograma por etapa.

Aquí nuevamente se hace referencia a los promotores sin establecer su definición. Por otro lado, aunque la intención de la norma habría sido que el fideicomiso cuente con los estudios que sustenten la viabilidad del proyecto, lo cual es un gran avance; considero que se cometió un error al establecer que sean los promotores y/o constructores los obligados a presentar el referido estudio de factibilidad, ya que no siempre el constructor está en capacidad de llevar a cabo todo ese estudio, que implica también análisis financieros y ambientales. Además, esta disposición de alguna manera se cierra a la posibilidad de que el constructor pueda participar en la ejecución de proyectos que no sean elaborados por él. Es por esto que en relación al constructor se debería haber establecido que en caso de que éste vaya a ejecutar proyectos elaborados por terceros, tenga la obligación de hacer una verificación previa de que el proyecto no adolezca de errores técnicos y se ajuste a la normativa municipal correspondiente.

5.- Que se hayan obtenido los permisos, aprobaciones y autorizaciones correspondientes. En este punto vale indicar que los requerimientos establecidos por los municipios no son los mismos, en tal virtud, se deberán observar las disposiciones aplicables, dependiendo de lo que cada municipio haya establecido para que se de paso al inicio de la ejecución del proyecto.

6.- Que todos los costos fijos y variables estén totalmente financiados, en el caso de ser por etapas que cada etapa también esté financiada al 100%. Lo cual no se debe confundir con que el fideicomiso cuente con la totalidad de los recursos sino únicamente con la fuente de financiamiento. Hubiera sido conveniente que se precise que para determinar el cumplimiento de este parámetro, se deberá tomar como respaldo únicamente los documentos que posibiliten su verificación, ya sean promesas de compraventa, proyecciones de ventas que arroje el estudio de mercado, contratos de préstamo, etc.

7.- Que los parámetros indicados a partir del numeral 1, se hayan alcanzado dentro del plazo establecido en el contrato para tal efecto, el cual solo podrá ser prorrogado una sola vez. Vale señalar que este requerimiento, tal como se encuentra redactado, no representaría mayor avance, ya que el establecimiento del plazo no se ha atado a la planificación del proyecto. De modo que, se podría dar el caso de que un inmueble permanezca por largo tiempo en el patrimonio de un fideicomiso sin que se inicien las construcciones, con la única intención de mantener separado dicho inmueble del patrimonio del constituyente; y, que antes de que venza el plazo fijado para el cumplimiento de dichos parámetros, las partes decidan prolongar este plazo con la misma intención.

En consecuencia, sería preciso que el plazo para cumplir con estos parámetros responda a la planificación del proyecto y que su establecimiento no se convierta en una camisa de fuerza sino que pueda ser modificado dentro de ciertos rangos establecidos razonablemente, para lo cual sería conveniente que esta modificación esté debidamente justificada y se haya hecho una valoración respecto de las consecuencias que ello conllevaría.

Sobretudo en cuanto a las fechas en que se haya pactado con los promitentes compradores o compradores, la entrega de unidades inmobiliarias; ya que el incumplimiento en la entrega podría causar perjuicios a los compradores, como por ejemplo el tener que incurrir en gastos de arrendamiento de otro inmueble hasta que les sea entregado el inmueble prometido; y, al fideicomiso en caso de que deba pagar alguna penalidad por incumplimiento o que los contratos se rescindan y deba devolver el dinero a los promitentes compradores, lo que podría desfinanciar el proyecto.

En este último parámetro se incluyen dos condiciones más, una referente a la proveniencia del financiamiento para el proyecto y otra sobre el destino que se dará a los recursos entregados por los promitentes compradores, antes de que la fiduciaria certifique el cumplimiento del mal llamado “*punto de equilibrio*”.

En cuanto a las fuentes de financiamiento, se comete un error al indicar que podrán provenir “*del aporte de los recursos de los constructores y/o promotores como constituyentes o fideicomitentes, de los constituyentes adherentes, ...*”. Esto en razón de que por la redacción se entendería que únicamente los constructores y/o promotores (término no definido), podrían ser constituyentes iniciales de fideicomisos bajo esta modalidad, excluyendo así a quienes no se enmarquen en ninguna de estas dos calidades, lo cual rebasaría las atribuciones del CNV en virtud de que la Ley de Mercado de Valores en el artículo 115 establece quienes pueden ser constituyentes.

Además es importante tener claro que el hecho de ser constituyente no implica ser constructor ya que para ello se requiere que el fideicomiso celebre un contrato de construcción con éste; y, que el contrato de fideicomiso no es un contrato de construcción, ni de comodato, ni ningún otro más que de fideicomiso.

Respecto del financiamiento se indica que “*Para estos efectos no se considerará los aportes de conocimientos técnicos (Know How)*”. A dicha frase, personalmente no le encuentro sentido, ya que no comprendo qué tienen que ver los conocimientos técnicos con

el financiamiento, más bien creo que hubiera valido que se incluya de manera expresa la imposibilidad del aporte de servicios, que se desprende de la Ley de Mercado de Valores.

En cuanto al destino de los recursos entregados por los promitentes compradores, antes del cumplimiento del *“punto de equilibrio”*, se impone la obligación de que deban ser invertidos en títulos valores que coticen en el mercado de valores. Lo cual podría entrar en conflicto con el principio de la autonomía de la voluntad, por no ser esta limitación de carácter indispensable, en virtud de que no solo se pueden realizar inversiones, bajo los principios de rentabilidad, seguridad y liquidez a través del mercado de valores.

Ahora, respecto del artículo 31, que hace referencia a las disposiciones generales para las fiduciarias, específicamente cuando administren *“Fideicomisos Mercantiles Inmobiliarios”*, se observa que contiene tres disposiciones que realmente serían prohibiciones, las mismas que se analizan a continuación.

1.- No invitar al público a participar en proyectos inmobiliarios y recibir dinero de éste sin contar con las aprobaciones y autorizaciones previas de las autoridades competentes, de acuerdo a las normas aplicables.

En vista de que no existe uniformidad en cuanto a requerimientos, ya que estos pueden, por ejemplo, ser distintos de municipio a municipio y también pueden variar dentro de una misma circunscripción territorial, en función de la localización específica y características particulares del proyecto; considero que dicha disposición es bastante clara y provechosa. Sin embargo, precisamente debido a esa falta de uniformidad, el control de esta prohibición se complica. Por tanto, lo mejor sería al menos unificar algunos criterios generales, para lo cual se requeriría del trabajo conjunto de profesionales de la construcción, representantes de los municipios y legisladores.

2.- *“Suscribir promesas de compraventa respecto de bienes que han sido prometidos en venta a otros promitentes compradores”*. Aunque esta disposición para algunos, pueda resultar obvia, considero que el haberla incluido fue muy acertado a fin de

proteger los intereses de los promitentes compradores y para que quién realice labores de control pueda verificar que el tema del financiamiento se haya manejado de manera transparente.

3.- Las fiduciarias no podrán destinar el dinero recibido de los promitentes compradores para otro proyecto o para otra etapa del mismo proyecto, ni *“distraerlo para fines distintos al objeto específico para el cual fueron entregados”*. Respecto de esta disposición habría que tomar en cuenta que se supone que un proyecto es algo integral y que el dinero recibido por la promesa adquirida contribuye en cierto grado para el financiamiento del proyecto en su integralidad y de ser por etapas, a cada una de ellas, por lo tanto, considero que la última frase no se ajustaría a la realidad.

Lo contrario sería que el proyecto no requiera estar *“financiado”* en su totalidad y que para el avance de las obras únicamente se destine el dinero recibido por cada promitente comprador, lo que carecería de sentido, ya que bajo esta lógica, si como parte del financiamiento, el fideicomiso celebró contratos de promesa de compraventa por cada oficina de un edificio de tres pisos, y uno de los promitentes compradores de las oficinas del piso dos se retrasa en sus pagos, el constructor debería detener la obra, perjudicando a los promitentes compradores del piso tres por no ser posible construir el tercer piso sin haber construido antes el segundo.

Inclusión de una declaración entre los elementos fundamentales de los contratos de negocios fiduciarios.

El CNV también incorpora a través de la resolución, el numeral 14 al artículo 4, Sección I, Capítulo I, Título V de la codificación, artículo que se refiere a los elementos fundamentales de los contratos de negocios fiduciarios. Cabe indicar que este numeral únicamente es aplicable al caso de fideicomisos mercantiles inmobiliarios, a pesar de que forme parte del referido artículo 4 que comprende tanto a encargos fiduciarios como a fideicomisos mercantiles bajo cualquier modalidad.

Este numeral establece que se deberá hacer constar en los contratos de fideicomiso mercantil inmobiliario, una declaración expresa de la fiduciaria que indique que es de su exclusiva responsabilidad, el verificar y vigilar el cumplimiento de los parámetros indicados en el ya analizado artículo 30.

De la redacción de dicha disposición se desprende que cualquier recurso que hubiera recibido la fiduciaria para desarrollar el proyecto, no podrá usarse hasta el cumplimiento de los parámetros de *“punto de equilibrio”* y que solo a partir de entonces podrán ser destinados a la construcción, esto en virtud de que no se ha hecho distinciones sobre la proveniencia de los recursos.

De modo que no se ha tomado en cuenta que el cumplir con los parámetros indicados implica costos, como por ejemplo los de la transferencia del inmueble donde se construirá el proyecto o los que se generen de los trámites para obtener los permisos y autorizaciones correspondientes; los mismos que deberían estar considerados dentro de los costos del proyecto. En tal virtud, sería conveniente que la norma sea ampliada de manera de guarde concordancia con el tercer párrafo del subnumeral 6.7, del referido artículo 30 y al mismo tiempo haga distinciones en cuanto a la proveniencia de los recursos utilizados antes de cumplir el *“punto de equilibrio”* así como luego de alcanzados; como al parecer fue la intención de la norma.

Definición de Fideicomiso Mercantil Inmobiliario

Con la resolución, la definición de la modalidad de fideicomiso mercantil inmobiliario, que constaba en el numeral 3, artículo 17, Sección IV, Capítulo I, Título V de la codificación, fue reemplazada. Entre las innovaciones incorporadas vale destacar que se ha establecido como condición que los constituyentes aporten a título de fideicomiso mercantil el o los inmuebles sobre los cuales se desarrollará el proyecto inmobiliario o que transfieran el dinero necesario para que el fideicomiso pueda adquirirlos.

A este numeral se incorpora un párrafo en el que se establece que deberá constar en el contrato de fideicomiso “*las normas de control interno establecidas en el artículo 30...*”. Lo cual sería innecesario ya que las normas generales vigentes se entienden conocidas por todos.

Obligatoriedad de inscripción y plazo para remitir a la Superintendencia de Compañías la documentación pertinente.

El artículo 6, Sección II, Capítulo I, Subtítulo III, Capítulo I, Título V de la codificación, ha sido reiteradamente modificado; en esta ocasión para establecer que también se inscribirán en el Registro del Mercado de Valores, los negocios fiduciarios que directa o indirectamente tengan relación con un proyecto inmobiliario cuyo financiamiento provenga de terceros, ya sean estos encargos fiduciarios o fideicomisos mercantiles. De modo que estarían excluidos los negocios fiduciarios relacionados con proyectos inmobiliarios en los cuales el financiamiento no provenga de terceros, a menos que se trate de un “*fideicomiso mercantil inmobiliario*” que por disposición expresa de dicho artículo está sujeta a inscripción.

Un aspecto importante que fue incorporado, es el plazo en el que la fiduciaria deberá presentar la solicitud de inscripción, el mismo que fue fijado en un plazo máximo de 15 días, contado desde la constitución del negocio fiduciario. Cabe destacar que antes de esta reforma, el CNV había omitido establecer plazo alguno, a pesar de que en anteriores resoluciones que modificaron este mismo artículo, únicamente había establecido entre las disposiciones transitorias un plazo para el caso de los negocios fiduciarios que no habían sido inscritos en virtud de que al momento de su constitución no era este un requerimiento.

Ahora en cuanto a las disposiciones transitorias, vemos que también que se ha incorporado esta vez, un plazo para los negocios fiduciarios cuya constitución fue anterior a esta resolución; plazo que de conformidad con la disposición transitoria tercera es de máximo quince días contados desde la vigencia de la resolución, es decir, a partir del 24 de septiembre de 2013.

Irretroactividad de la segunda disposición transitoria

La segunda disposición transitoria, establece que:

“Los fideicomisos mercantiles inmobiliarios que se encontraren en trámite de inscripción en el Registro del Mercado de Valores, a la fecha de la publicación en el Registro Oficial de la presente Resolución se regirán por normas vigentes a la fecha de la solicitud de inscripción de tales fideicomisos.”

Dicha disposición, al ser analizada a la luz del artículo 7, numeral 18, del Código Civil, sería retroactiva, ya que no toma en consideración para su aplicación, la fecha de constitución de los contratos sino la fecha a partir de la cual se encuentra el fideicomiso en trámite de inscripción en el Registro del Mercado de Valores.

De modo que, en atención al artículo 226 de la Constitución de la República, los funcionarios del Estado que deban aplicar esta resolución, deberán hacerlo observando el orden jerárquico de aplicación de las normas establecido en el artículo 425 de la misma Constitución.

Aunque de otro lado, hay quienes defienden la postura de que los contratos de tracto sucesivo de larga duración, deben adaptarse a ciertas variaciones por el bien de la sociedad, tal vez basados en el principio de derecho romano *“Rebus sic stantibus”*⁷¹, el cual incluso podría ser invocado por el Estado.

Respecto que esta postura, pienso que únicamente debería ser aplicada a contratos de fideicomiso mercantil inmobiliario en los que se haya estipulado como tiempo de vigencia, el mayor permitido por la Ley así como también otros plazos exorbitantes que no guardan coherencia con el tiempo de realización de un proyecto inmobiliario.

⁷¹ El Principio Rebus Sic Stantibus en la legislación ecuatoriana, Esteban Ortiz, <http://www.monografias.com/trabajos82/principio-rebus-sic-stantibus-legislacion-ecuatoriana/principio-rebus-sic-stantibus-legislacion-ecuatoriana.shtml>, Acceso 24 de septiembre de 2013.

CONCLUSIONES

Del Capítulo 1

1.-Ante la ausencia de regulaciones estatales pueden generarse costumbres perjudiciales para la sociedad y otras beneficiosas, hay las dos posibilidades.

2.-Ante una costumbre negativa para la sociedad, el Estado está obligado a intervenir.

3.-La protección a los derechos y el buen funcionamiento de un sistema normativo determinan la necesidad de regular la costumbre.

4.-Los principios de derecho público y privado se complementan y están plasmados en el sistema normativo a través de normas incluidas en diversos cuerpos.

5.-Constituyentes y Beneficiarios son elementos esenciales del contrato y deben constar como mínimo en el contrato de fideicomiso mercantil inmobiliario, aunque el beneficiario no es parte contratante.

6.-Las calidades de constituyente y beneficiario tienen diferentes implicaciones jurídicas y solo se pueden ceder derechos de beneficiario.

7.-El fiduciario además de las obligaciones contractuales tiene otras legales específicas y responde hasta por culpa leve; está sujeto a responsabilidad civil y administrativa, aunque de su gestión también se pueden derivar responsabilidades penales en las personas naturales que actúan en su representación.

8.-El patrimonio autónomo del fideicomiso mercantil inmobiliario es garantía general únicamente de sus propias obligaciones, pero a pesar de ello sus bienes pueden

estar expuestos a riesgos relacionados con los constituyentes, es decir, con sus anteriores propietarios.

9.-Las instrucciones y los aportes deben ser coherentes con la finalidad, es importante tener normas claras e información suficiente para poder tomar decisiones responsablemente.

Del Capítulo 2

1.-El constituyente y el beneficiario, tienen derechos y obligaciones distintos que les son propios, ya que derivan de aspectos característicos del contrato de fideicomiso, que es un contrato típico.

2.-La fiduciaria tiene la libertad de implementar el sistema de control interno que crea conveniente, pero teniendo en cuenta como mínimo lo exigido por la ley de Mercado de Valores y la Codificación de las Resoluciones expedidas por el CNV; de modo que bien podría apoyarse en las ciencias administrativas. En cualquier caso, el sistema que adopte, seguro repercutirá en la eficiencia del servicio que brinde a sus clientes así como en su prestigio y confiabilidad.

3.- La confusión de calidades, de constituyente, beneficiario, contratista o miembro del cuerpo colegiado del fideicomiso, en una misma persona, podría entorpecer la transparencia en la ejecución del proyecto inmobiliario; lo que deberá tomar en cuenta la fiduciaria para los controles que realice, en atención al grado de responsabilidad que su gestión implica.

4.-La eficacia de los controles externos no estatales dependen del profesionalismo de quiénes los lleven a cabo, de la claridad de los parámetros de verificación que apliquen y de la severidad de los controles que a su vez el Estado les aplique.

5.-Es necesario establecer ciertas pautas para que quiénes llevan a cabo labores de control puedan detectar con facilidad, irregularidades entorno a la transferencia a título de fideicomiso mercantil, a la designación de beneficiarios, la cesión de derechos de beneficiario, las reformas contractuales y los contratos de adhesión.

6.-El control externo no estatal, es realizado por entes independientes cuya relación con el fideicomiso está dada por el principio de igualdad y sus funciones son cumplidas a base del empleo de varias técnicas y en observancia a disposiciones estatales.

7.-Si bien el Estado al momento de realizar labores de control debe limitar su actuación al principio de legalidad a fin de garantizar los derechos de libertad; por otro lado, puede emitir a través de diferentes entes, las normas que sean necesarias para regular ciertos aspectos que le permitan desempeñar de mejor manera sus funciones, ajustándose siempre a las atribuciones que la Constitución o la Ley les hayan conferido, las mismas que solo se justifican por el bien común.

8.-En virtud de que el Estado está obligado a garantizar derechos, es indispensable que el sistema jurídico cuente con conceptos claros y que las normas y los contratos provean información específica respecto de los derechos y obligaciones de cada persona que interviene a lo largo de la ejecución de un contrato de fideicomiso mercantil inmobiliario, ya que en base a dicha delimitación, se podrán establecer responsabilidades y determinar las reparaciones que correspondan.

9.-Para determinar las acciones que puede tomar en defensa de sus derechos quién se sintiere perjudicado, es preciso conocer antes cada caso, ya que las situaciones que se pueden derivar de la ejecución de un contrato de fideicomiso mercantil inmobiliario son muy diversas. De modo que dependiendo de lo que se pretenda, se podría acudir a métodos alternativos de solución de conflictos, a la justicia ordinaria o poner el problema en conocimiento de diferentes autoridades administrativas.

Del Capítulo 3

1.-No se puede controlar algo si no se cuenta con parámetros de verificación, en el caso del desarrollo de proyectos inmobiliarios, estos están dados por la planificación del proyecto y las normas jurídicas aplicables; parámetros que deberían estar encaminados a determinar la viabilidad del proyecto, reducir riesgos, el uso eficiente de recursos y la protección de derechos de los involucrados así como de terceros.

2.-El control de un proyecto inmobiliario no se agota en la verificación del cumplimiento de parámetros para su inicio sino que abarca todo el proceso hasta su finalización; y, la concepción de punto de equilibrio usada por costumbre en los contratos de fideicomiso mercantil inmobiliario es muy diferente al concepto económico del término, ya que este no está relacionado con el cumplimiento de parámetros que avalen el inicio de un proyecto o el uso de recursos de los promitentes compradores sino con el punto a partir del cual no se incurriría en pérdidas.

3.-Muchos de los requerimientos estatales varían en función de las especificidades de cada proyecto y de su localización. Sin embargo, algunos procedimientos y criterios pueden y deberían ser uniformados a través del trabajo coordinado de diferentes entes del Estado.

4.-A diferencia de otros países, en la legislación ecuatoriana, la actuación de la fiduciaria en base a lo establecido por los cuerpos colegiados del fideicomiso, no tiene un efecto liberatorio de la responsabilidad.

5.-Los cuerpos colegiados no pueden decidir sobre reformas al contrato, su actuación debe ceñirse a las atribuciones conferidas contractualmente y no pueden disponer de los bienes del fideicomiso.

6.-Para que proceda la reforma a un contrato de fideicomiso mercantil es indispensable la comparecencia a la celebración de la respectiva escritura pública, de todos

los constituyentes iniciales, los constituyentes adherentes y la fiduciaria; y, esta no debe irrogar perjuicios a terceros.

7.-No es lo mismo constituyente que beneficiario, entrega de beneficios que restitución o que aportes a título de fideicomiso mercantil, beneficiarios de un proyecto inmobiliario que beneficiarios de un fideicomiso, responsabilidades de los contratistas del fideicomiso que responsabilidades de las partes contratantes del contrato de fideicomiso.

8.-El trabajo coordinado entre diferentes entes del Estado y el tomar en consideración los puntos de vista que puedan ser aportados por diferentes personas con experiencia en el sector de la construcción y la administración de negocios fiduciarios, al momento de elaborar normas; es indispensable para lograr que éstas respondan a las necesidades de la sociedad y contribuyan a mejorar los controles entorno al desarrollo de proyectos inmobiliarios a través del Fideicomiso Mercantil Inmobiliario y por consiguiente a precautelar derechos de manera eficaz.

9.-Es importante que a través de normas generales e instrucciones contractuales se incluya de forma clara e inequívoca, los parámetros y procedimientos que la fiduciaria deberá observar a lo largo de la ejecución del contrato y para su terminación, ya que a diferencia de lo que ocurre en el caso de las compañías, la terminación del contrato de fideicomiso no depende de una declaración emitida por autoridad pública, sino del cumplimiento de alguna de las causales de terminación, lo cual debe ser verificado por la fiduciaria.

RECOMENDACIONES

Generales

Que las normas y doctrinas que se expidan en el futuro, en relación al contrato de fideicomiso mercantil inmobiliario, estén encaminadas a construir un sistema propio; clarificando conceptos que por la costumbre o la interpretación a la luz de otras legislaciones, podrían generar efectos negativos para la sociedad; y, tomando en cuenta para la elaboración de las mismas, la realidad del país y la dinámica comercial.

Que se establezcan a través de normas de carácter general, parámetros obligatorios a ser tomados en cuenta por quienes llevan a cabo labores de control interno, estatal y no estatal; los cuales estén enfocados únicamente en puntos estratégicos y que a su vez se apliquen controles estrictos a quienes desempeñen estos controles; de tal modo que su implementación sea provechosa para todos y se eviten los controles falsos, que representan costos innecesarios.

Que se establezca la obligatoriedad de contar con una planificación integral a los proyectos a desarrollarse a través de fideicomisos mercantiles inmobiliarios, en la que se incluya entre otras cosas, una adecuada distribución de actividades y responsabilidades así como los parámetros de control que sean necesarios dependiendo del caso.

Específicas

-Que no se use el término “punto de equilibrio” para referirse al cumplimiento de parámetros necesarios para el inicio del proyecto.

-Que se establezca que el plazo de duración del fideicomiso y el tiempo para alcanzar las condiciones mínimas necesarias para iniciar con las construcciones deban guardar relación con la planificación del proyecto.

-Que se establezca de forma clara, a través de normas de carácter general que para la fijación de los honorarios de la fiduciaria, no se podrá tomar como parámetro de

determinación la rentabilidad real del proyecto, ya que la fiduciaria no participa del resultado del negocio.

-Que la comprobación por parte de la fiduciaria, respecto de las condiciones necesarias para iniciar las construcciones deban estar debidamente sustentadas, ya sea por informes de diferentes profesionales privados o por autorizaciones, permisos y demás conferidas por diferentes autoridades estatales.

-Que se emitan normas a través de las cuales se regule sobre el alcance de las decisiones de los cuerpos colegiados, de tal modo que se proteja la autonomía del patrimonio del fideicomiso.

-Que se emitan normas para regular sobre el contenido mínimo de los convenios de adhesión y su naturaleza jurídica así como de la forma y procedimiento que se deberá observar para que alguien pueda adherirse.

-Que se estipule determinadas prácticas que constituyen simulación, pero no como enumeración taxativa. Entre esas mencionar, la venta de inmuebles a través del aporte a título de fideicomiso mercantil, la cesión de derechos fiduciarios como promesas de compraventa, la concesión de créditos a través de aportes, el aporte de servicios como honorarios, la recuperación de aportes, etc.

-Qué se establezcan límites a las fiduciarias en cuanto a la cantidad de negocios fiduciarios que pueden administrar, tomando en cuenta la capacidad que tengan en cuanto a equipos, trabajadores, estructura organizativa, etc.

-Que de manera obligatoria se deba incluir en los contratos de fideicomiso, en las cesiones de derechos fiduciarios, en las reformas y en las adhesiones, una advertencia expresa respecto de que en caso de que falle la condición operará la restitución al constituyente.

BIBLIOGRAFÍA-FUENTE

a. Doctrina

-AVENDAÑO F. Luis, El Control, El control a su alcance, Serie de Conocimientos Prácticos, Editorial Norma, Bogotá-Colombia.

-ÁVILA SANTAMARÍA Ramiro, Principios de aplicación de los derechos, Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional, Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos INREDH.

-BACA URBINA Gabriel, Evaluación de Proyectos, UPIICSA Instituto Politécnico Nacional, 4ta Edición, Editorial Mc GRAW-HILL, México 2001

-CABANELLAS DE TORRES Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, 2000, Editorial Heliasta S.R.L.

-Centro de Especialización y Capacitación Integral Integralcecai, Seminario- Taller de Derecho Registral, del 24 al 28 de junio de 2013; y, averiguaciones en el Municipio de Rumiñahui, julio de 2013.

-Diccionario Santillana del Español, Santillana s.a. 1994, primera edición.

-Doctrina I de Mercado de Valores

-Doctrina II de Mercado de Valores

-F.G.PENNANCE Arthur Seldon, Diccionario de Economía, colección libros de economía oikos, oikos-tau,s.a-ediciones, Barcelona- España.

-GÓMEZ DE LA TORRE REYES Diego, El fideicomiso mercantil, ALBAZUL OFFSET, Quito-Ecuador 1998.

-GONZÁLEZ TORRE Roberto, Manual de Fideicomiso en Ecuador y América Latina, Editorial Edino 2009, Guayaquil-Ecuador.

-KOONTZ/O' DONNELL, Curso de Administración Moderna, sexta edición, Mc GRAW - HILL 1982 impreso en Colombia.

-Memorias del Programa de Buen Gobierno Corporativo 2006-2011, una publicación de la Bolsa de Valores de Quito y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID)

-ORTEGA JARAMILLO Rubén, Introducción al Derecho, Editorial Universidad Técnica Particular de Loja, 1999.

-PARRAGUEZ RUIZ Luis, Manual de Derecho Civil Ecuatoriano, Teoría General de las obligaciones, volumen 1, libro cuarto, UTPL primera edición, junio del 2000.

-REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición, 4 coscarse-engaratusar

-SALGADO PESANTES Hernán, Introducción al Estudio del Derecho, Editora Nacional, Quito octubre 2002

-SILVERIO Manuel y BALDWIN Carlos, Cómo Dominar la Economía Empresarial, Introducción General a la Economía Empresarial , Editorial Norma, Bogotá- Colombia 1990

b. Normativa

-Constitución de la República

-Código Civil

-Código de Comercio

-Ley de Mercado de Valores

-Codificación de las Resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de Valores

-Ley de Compañías

-Código Tributario

-Código de Procedimiento Civil

-Ley Notarial

-Reglamento General de la Ley de Mercado de Valores

-Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas

-Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización

-Resolución No.CNV-006-2011, publicada en el Registro Oficial No. 495 de 20 de julio del 2011.

c. Páginas Web

-El Código Civil de Andrés Bello, Enciclopedia Icarito, <http://www.icarito.cl/enciclopedia/articulo/segundo-ciclo-basico/historia-geografia-y-ciencias-sociales/vision-panoramica-de-la-historia-de-chile-republicano/2009/12/93-1661-9-el-codigo-civil-de-andres-bello.shtml> acceso 5 de febrero de 2013

-Kofi Annan, Secretario General de las Naciones Unidas, en el Foro Económico Mundial de Davos de 1999. “una nueva visión de la implicación y la trascendencia de la labor de la Empresa en el Mundo Globalizado en el que vivimos” <http://www.responsabilidadsocialempresarial.com/?p=85>, Responsabilidad Social Empresarial, acceso noviembre 2012.

-CANASAS Giancarlo, Caso Enron, http://www.youtube.com/watch?v=VO7PmjvJK_zQ; acceso febrero 2013

-IECO Claran, La crisis de Grecia, explicada con dibujos, <http://www.youtube.com/watch?v=4E-JDxgigG4>, acceso febrero 2013

-NAVARRO CONCHILLA Gregorio, La crisis de España bien explicada, <http://www.youtube.com/watch?v=6cx3umI0Ipo>, acceso febrero 2013

-Principios del control interno generales <http://fccea.unicauca.edu.co/old/tgarf/tgarfse89.html> acceso septiembre 2013

-LOZANO Eduardo, Control Interno <http://www.youtube.com/watch?v=MAe446JYvfg> acceso septiembre 2013

-Revista exa, 14 de marzo del 2013, Presidente anuncia la creación de la Superintendencia de Desarrollo Urbano, <http://www.democracia.ec/revista/index.php/entrevistas/9388->

presidente-anuncia-la-creacion-de-la-superintendencia-de-desarrollo-urbano.html, acceso agosto de 2013.

-Ecuador inmediato.com, 29 de septiembre de 2012, Gobierno creará Superintendencia de desarrollo Urbano, http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=18556&umt=gobierno_crea_superintendencia_desarrollo_urbano, acceso agosto de 2013.

-El Principio Rebus Sic Stantibus en la legislación ecuatoriana, Esteban Ortiz, <http://www.monografias.com/trabajos82/principio-rebus-sic-stantibus-legislacion-ecuatoriana/principio-rebus-sic-stantibus-legislacion-ecuatoriana.shtml>, Acceso 24 de septiembre de 2013.

ANEXO

Resolución CNV-006-2013

Págs.

Págs.

RESOLUCIONES:**MINISTERIO DEL AMBIENTE:**

Apruébanse los estudios de Impacto ambiental y planes de manejo ambiental y otórganse licencias ambientales a los siguientes proyectos:

- 613 Fase de Perforación Exploratoria y Avanzada del Sector Noroeste del Bloque Tarapoa, Construcción de 6 Plataformas y sus Vías de Acceso, Perforación de 18 pozos Exploratorios y 6 de Avanzada en las 6 Plataformas y Pruebas de Producción, a ubicarse en el cantón Cuyabeno, provincia de Sucumbios 11
- 618 Fase de Exploración avanzada de minerales metálicos de la concesión minera Cascabel (Céd. 402288), ubicada en los cantones Ibarra y Mira, provincias de Imbabura y Carchi 15

INSTITUTO ECUATORIANO DE NORMALIZACIÓN - INEN:

- 2013-100 Deléganse facultades a la Ing. Tatiana Valeria Briones Carrión, Directora Técnica de Validación y Certificación 11

SERVICIO NACIONAL DE ADUANA DEL ECUADOR:

- SENAE-DGN-2013-0270-RE Expídese el procedimiento documentado "SENAE-MEE-2 3-013-VI MANUAL ESPECÍFICO PARA LAS INSPECCIONES EN CARGA DE IMPORTACIÓN" 19

SERVICIO DE RENTAS INTERNAS:

- REO-SRERDF113-00347 Deléganse atribuciones al Ing. José Luis Rosado Vilema, servidor de la Dirección Regional El Oro 32
- NAC-DGERCGC13-00494 Dispónese que para efectos de establecer la base imponible del Impuesto a los Consumos Especiales (ICE) de bebidas alcohólicas, incluida la cerveza, se ajuste el valor del precio ex fábrica, a (USD 4,10) 33
- NAC-DGERCGC13-00496 Refórmase la Resolución No. NAC-DGERCGC11-00412, publicada en el Registro Oficial N° 593 de 9 de diciembre de 2011 34

FUNCIÓN DE TRANSPARENCIA Y CONTROL SOCIAL**CONSEJO NACIONAL DE VALORES:**

- CNV-006-2013 Refórmase la Codificación de las Resoluciones expedidas por el CNV 35

GOBIERNOS AUTÓNOMOS DESCENTRALIZADOS**ORDENANZA MUNICIPAL:**

- Cantón Nangaritza: Que regula las exoneraciones a los servicios registrales de las personas adultas mayores y personas con discapacidad 38

FE DE ERRATAS:

- A la publicación de la Resolución N° 041/13 de la Subsecretaría de Puertos y Transporte Marítimo y Fluvial del Ministerio de Transporte y Obras Públicas, efectuada en el Registro Oficial N° 955 de 16 de mayo de 2013 39

N° 254

María Fernanda Espinosa

MINISTRA DE DEFENSA NACIONAL

Considerando:

Que el Art. 226 de la Constitución de la República del Ecuador señala: "Las instituciones del estado, sus organismos, dependencias, las servidoras y servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley (...)";

Que el Artículo 10 letra m) de la Ley Orgánica de la Defensa Nacional señala que, son atribuciones y obligaciones del Ministerio de Defensa Nacional: "Delegar su representación legal al Subsecretario General, al Jefe del Comando Conjunto, Comandantes de Fuerza, Subsecretario y otras autoridades, de conformidad con el Estatuto Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, para firmar convenios, contratos y desarrollar actos administrativos".

Que el día 10 de julio de 2006 entre el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas y la Escuela Politécnica del Ejército suscribieron el Convenio Interinstitucional de Intercambio de Servicios con un tiempo de duración de 5 años.

Que mediante oficio No. 13-DIEDMIL-b-331 de 05 de junio de 2013, el señor Jefe del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, solicita a esta Cartera de Estado, se confiera la delegación a efecto de legalizar el finiquito del Convenio Interinstitucional de Intercambio de Servicios entre el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas y la Escuela Politécnica del Ejército.

Que con oficio No. 13-DIEDMIL-b-426 de 19 de julio de 2013, del señor Jefe del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, remite el informe sobre los programas y

Resuelve:

Artículo Único.- Reformar el artículo 6 de la Resolución No. NAC-DGERCGC11-00412, publicada en el Registro Oficial No. 593, de fecha 9 de diciembre de 2011, de la siguiente forma:

1. En el primer inciso, sustitúyase el texto: "en el formato adjunto a la presente resolución (Anexo 1)", por el siguiente: ", de acuerdo al formato publicado en la página web del Servicio de Rentas Internas, www.sri.gob.ec."
2. En los numerales 2 y 3, elimínense las notas al pie "1" y "2".
3. En el numeral 8, sustitúyase el texto: "de acuerdo al detalle del formato adjunto a la presente resolución (Anexo No. 2)", por el siguiente: "de acuerdo al formato publicado en la página web del Servicio de Rentas Internas, www.sri.gob.ec".
4. En la parte final del segundo párrafo del numeral 9, sustitúyase el texto: "de acuerdo al formato (impreso y en medio magnético), adjunto a la presente resolución (Anexo 3)", por el siguiente: "impreso y en medio magnético, de acuerdo al formato publicado en la página web del Servicio de Rentas Internas, www.sri.gob.ec".
5. En el segundo párrafo del numeral 10, sustitúyase el texto: "de las declaraciones aduaneras únicas", por el siguiente: "de las declaraciones aduaneras de importación".
6. Al final del numeral 12, suprimase el punto y aparte (.), y agréguese el siguiente texto: " que dan derecho a crédito tributario."
7. Elimínese el penúltimo inciso del artículo 6 y en su lugar agréguese los incisos siguientes:
8. "Los documentos mencionados en los numerales 3 y 4 —que autorizan el transporte aéreo de carga el extranjero—, deben haber estado vigentes durante los periodos por los cuales se solicita la devolución. En posteriores solicitudes de devolución del IVA pagado en la adquisición de combustible aéreo para brindar el servicio de transporte aéreo de carga al exterior, no se requerirá presentar nuevamente estos documentos si se mantienen vigentes durante los periodos por los cuales se presentan dichas solicitudes.
9. Los documentos detallados en el numeral 6 deberán estar vigentes al momento de la presentación de la solicitud de devolución del IVA. Si posteriormente estos son objeto de modificación, en las siguientes solicitudes los sujetos pasivos deberán adjuntar los documentos actualizados. Sin perjuicio de lo indicado, los sujetos pasivos deberán actualizar los datos en el RUC de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 de la Codificación de la Ley del Registro Único de Contribuyentes, en concordancia con lo señalado en el artículo 11 de su Reglamento de aplicación."

Artículo 2.- La presente Resolución entrará en vigencia a partir del día siguiente al de su publicación en el Registro Oficial.

Comuníquese y publíquese.

Dado en Quito, D.M., a 04 de septiembre de 2013.

Dictó y firmó la Resolución que antecede, Mauro Andino A., Director General Subrogante del Servicio de Rentas Internas, en Quito D.M., a 04 de septiembre de 2013.

Lo certifico.

f.) Dra. Alba Molina P., Secretaria General, Servicio de Rentas Internas.

N° CNV-006-2013

EL CONSEJO NACIONAL DE VALORES

Considerando:

Que, el artículo 132 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, establece que se requerirá de ley para "otorgar a los organismos públicos de control y regulación la facultad de expedir normas de carácter general en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales";

Que, el numeral 15 del artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador, reconoce y garantiza a las personas el derecho a desarrollar actividades económicas, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental;

Que, el artículo 83 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador prescribe que: "Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley: 1. Acatar y cumplir la Constitución, la ley y las decisiones legítimas de autoridad competente";

Que, el objeto de la Ley de Mercado de Valores consagrado en su artículo 1, es promover un mercado de valores organizado, integrado, eficaz y transparente, lo cual se logra con información veraz, completa y oportuna;

Que, es atribución del Consejo Nacional de Valores, establecer la política del mercado de valores y regular su funcionamiento; establecer los parámetros, índices, relaciones y demás normas de solvencia y prudencia financiera y control para las entidades reguladas en dicha Ley, y acoger, para los emisores del sector financiero, aquellos parámetros determinados por la Junta

Bancaria y la Superintendencia de Bancos y Seguros; y regular las inscripciones en el Registro del Mercado de Valores y su mantenimiento, para lo cual expedirá las normas complementarias necesarias para la aplicación de la Ley, conforme lo dispone el artículo 9, numerales 1, 4, 7 y 13 de la Codificación de la Ley de Mercado de Valores;

Que, es necesario establecer normas de carácter general para regular la actividad que llevan a cabo las fiduciarias, principalmente, como administradoras de fideicomisos mercantiles inmobiliarios, con el fin de precautelar los intereses de las partes y de terceros vinculados a tales negocios, a través de normas de control interno y parámetros mínimos para la determinación del punto de equilibrio como herramienta necesaria para el inicio del proyecto inmobiliario y el uso adecuado de los recursos recibidos para la ejecución del proyecto;

Que, es imperativo regular la inscripción de los negocios fiduciarios en el Registro del Mercado de Valores, considerando todos aquellos que de una u otra forma tenga relación con el desarrollo de un proyecto inmobiliario -sin importar su modalidad- con el fin de transparentar la información en protección de terceros que entregan sus recursos al Fiduciario, para la ejecución de dichos proyectos; y,

En uso de las facultades que le concede la Ley,

Resuelve:

ARTÍCULO PRIMERO.- Reformar la Codificación de las Resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de Valores, en los siguientes términos:

Reemplazar del Glosario de Términos la definición de derechos fiduciarios, por la siguiente:

"Derechos Fiduciarios: Son el conjunto de derechos que se derivan de la calidad de beneficiario de un fideicomiso mercantil, los cuales representan el patrimonio autónomo constituido, y otorgan el derecho a que la fiduciaria les transfiera a título oneroso o gratuito, los activos o el producto de su administración, de conformidad a las instrucciones señaladas en el contrato constitutivo."

Insertar a continuación del subnumeral 3.5 del Art. 26 Contenido del reglamento operativo interno, de la Sección III Disposiciones Generales, del Capítulo I Administradora de Fondos y Fideicomisos, del Subtítulo III Inversionistas Institucionales, del Título II Participantes de Mercado de Valores, el siguiente subnumeral:

"3.6.- Procedimientos de control interno para administrar los riesgos asociados a cada negocio fiduciario, así como la revelación del riesgo y el diseño e implementación de mecanismos para su monitoreo y mitigación."

Añadir en la Sección III Disposiciones Generales, del Capítulo I Administradora de Fondos y Fideicomisos, del Subtítulo III Inversionistas Institucionales, del Título II Participantes de Mercado de Valores, a continuación del artículo 29, los siguientes artículos:

"Art. 30.- Sistemas de control interno.- Las fiduciarias adoptarán e implementarán sistemas de control interno que contribuyan adecuadamente a administrar los riesgos asociados a cada negocio fiduciario." Para tal efecto, las fiduciarias deberán realizar el análisis del riesgo inherente a su administración, revelar el riesgo a sus clientes, y diseñar e implementar mecanismos para su monitoreo y mitigación.

A más de lo señalado en el inciso anterior, para el caso de los fideicomisos mercantiles inmobiliarios, la fiduciaria deberá:

1. Verificar que el dinero transferido por el fideicomitente o fideicomitentes a la constitución del patrimonio autónomo es suficiente para la adquisición del inmueble sobre el cual se desarrollará el proyecto inmobiliario, para lo cual deberá solicitar a los fideicomitentes el contrato en el que conste la negociación de dicho bien y el precio pactado por el mismo.
2. Suscribir la promesa de compraventa y/o compraventa e instrumentarlos por escritura pública insertando en su contenido la enunciación clara y precisa de las obligaciones y derechos de las partes, a efectos de poder exigir su cumplimiento. La Fiduciaria deberá incluir, en tales contratos una cláusula en la que los promitentes compradores y/o compradores se obliguen a pagar directamente al fideicomiso, el valor proveniente de tal negociación.
3. Recibir directamente los recursos para financiar el desarrollo del proyecto, sin importar la fuente de los mismos.
4. Advertir de manera expresa y en forma destacada en los programas de difusión, campañas publicitarias y la papelería que se utilice para promocionar los proyectos inmobiliarios, que éstos se desarrollarán a través de un fideicomiso mercantil representado por una fiduciaria.
5. Asumir la responsabilidad de la publicidad que se efectúe con relación al proyecto inmobiliario que administra, cuando se realice con dineros del patrimonio autónomo, para lo cual debe cumplir con las normas previstas en la Ley de Defensa del Consumidor y su Reglamento. La publicidad no podrá inducir al público a errores, equívocos o confusiones.
6. Vigilar, verificar y certificar, bajo su exclusiva responsabilidad, el cumplimiento de al menos los siguientes parámetros para la conformación del punto de equilibrio:
 - 6.1. Que se acredite el perfeccionamiento de la transferencia de dominio del bien o de los bienes inmuebles al patrimonio autónomo, mediante la correspondiente inscripción en el Registro de la Propiedad.
 - 6.2. Que sobre el inmueble no pese orden judicial o administrativa de prohibición de enajenar ni gravamen o limitación al dominio.

6.3. Que los constructores y/o promotores acrediten experiencia, solvencia, capacidad técnica, administrativa y financiera acorde a la magnitud del proyecto.

6.4. Que los constructores y/o promotores presenten el respectivo estudio de factibilidad, que deberá contener como mínimo los estudios de mercado, técnico y financiero que soporten la viabilidad técnica, financiera, ambiental y socio-económica del proyecto. Adicionalmente, deberán presentar el presupuesto y cronograma de la obra que incluya el tiempo estimado de ejecución de la misma, y en caso de ser por etapas se incluirá el presupuesto y cronograma por etapas.

6.5. Que se hayan obtenido las aprobaciones, autorizaciones y permisos pertinentes para la construcción y desarrollo de la obra, de acuerdo a los requerimientos establecidos en la ley y demás normas aplicables.

6.6. Que el financiamiento haya alcanzado el cien por ciento de los costos fijos y variables de todo el proyecto; y en caso de ser por etapas, que el financiamiento haya alcanzado el mismo porcentaje de dichos costos por cada etapa.

6.7. Que la ocurrencia del punto de equilibrio sea dentro del plazo establecido en el contrato, el cual podrá ser prorrogado por una sola vez.

Las fuentes de financiamiento podrán provenir del aporte de los recursos de los constructores y/o promotores como constituyentes o fideicomitentes; de los constituyentes adherentes; de créditos aprobados por instituciones del sistema financiero; y, de recursos entregados por los promitentes compradores. Para estos efectos, no se considerará los aportes de conocimientos técnicos (Know How).

Mientras no se certifique el punto de equilibrio, los recursos entregados por los promitentes compradores, no podrán ser utilizados para el desarrollo del proyecto y deberán mantenerse invertidos en títulos valores que coticen en el mercado de valores, bajo los principios de rentabilidad, seguridad y liquidez; en este caso se observarán los criterios y parámetros mínimos que constan en la Ley de Mercado de Valores y normas complementarias respecto de los fondos de inversión administrados.

Art. 31.- Disposiciones Generales.- Las fiduciarias, en la administración de fideicomisos inmobiliarios deberán abstenerse de realizar lo siguiente:

1. Invitar al público a participar en proyectos inmobiliarios y recibir dinero de éste sin que cuente con las aprobaciones y autorizaciones previas de las autoridades competentes de acuerdo con los requerimientos establecidos en la ley y demás normas secundarias aplicables.

2. Suscribir promesas de compraventa respecto de bienes que han sido prometidos en venta a otros promitentes compradores.

3. Destinar el dinero recibido de promitentes compradores participantes de una etapa de un proyecto inmobiliario a otra etapa del mismo proyecto, o a otros proyectos inmobiliarios, así como distraerlo para fines distintos al objeto específico para el cual fueron entregados.

Incorporar en el Art. 4 Elementos fundamentales de los contratos de negocios fiduciarios, de la Sección I Conformación del negocio fiduciario, del Capítulo I Fideicomiso Mercantil y Encargo Fiduciario, del Título V Negocios Fiduciarios, el siguiente numeral:

"14. Declaración: En el contrato de fideicomiso mercantil inmobiliario debe constar la declaración expresa de la fiduciaria que es de su exclusiva responsabilidad el verificar y vigilar el cumplimiento de los parámetros fijados en el artículo 30 de la Sección III Disposiciones Generales, del Capítulo I Administradora de Fondos y Fideicomisos, del Subtítulo III Inversionistas Institucionales, del Título II Participantes de Mercado de Valores, previo a que los recursos recibidos para la realización de un proyecto inmobiliario sean destinados a la construcción del mismo."

Reemplazar el numeral 3 del Art. 17 Modalidades de los fideicomisos mercantiles, de la Sección IV Disposiciones Generales, del Capítulo I Fideicomiso Mercantil y Encargo Fiduciario, del Título V Negocios Fiduciarios, por el siguiente:

"3.- Inmobiliario: Es el contrato en virtud del cual el constituyente o constituyentes transfieren uno o varios inmuebles y/o dinero necesario para la adquisición del terreno o para el desarrollo del proyecto inmobiliario, con la finalidad de que la fiduciaria administre dichos bienes y realice gestiones administrativas ligadas o conexas para el desarrollo y ejecución del proyecto inmobiliario, de acuerdo con las instrucciones señaladas en el contrato y en favor de los beneficiarios instituidos en el mismo.

En el contrato de fideicomiso mercantil inmobiliario deben constar las normas de control interno establecidas en el artículo 30 de la Sección III del Capítulo I del Subtítulo III del Título II de esta Codificación."

Reemplazar el artículo 6 Inscripción, de la Sección II Inscripción en el Registro del Mercado de Valores, del Capítulo I Fideicomiso Mercantil y Encargo Fiduciario, del Título V Negocios Fiduciarios, por el siguiente:

"Art. 6.- Inscripción.- En el Registro del Mercado de Valores se inscribirán los fideicomisos mercantiles que sirvan como mecanismos para realizar un proceso de titularización, los fideicomisos de inversión con adherentes, los fideicomisos mercantiles inmobiliarios; los negocios fiduciarios que directa o indirectamente tengan relación con un proyecto inmobiliario cuyo financiamiento provenga de terceros; y los negocios fiduciarios en los que participa el sector público como constituyente, constituyente adherente o beneficiario y aquellos en los

que de cualquier forma se encuentren integrados en su patrimonio con recursos públicos o que se prevea en el respectivo contrato esta posibilidad.

La solicitud de inscripción deberá ser presentada por el representante legal de la Fiduciaria en un plazo de quince días contados desde la constitución del negocio fiduciario.”.

ARTÍCULO SEGUNDO.- DISPOSICIONES TRANSITORIAS

PRIMERA.- Las fiduciarias deberán adecuar sus procedimientos administrativos internos a lo dispuesto en la presente Resolución, en un plazo máximo de 90 días contados a partir de la publicación de esta Resolución.

SEGUNDA.- Los fideicomisos mercantiles inmobiliarios que se encontraren en trámite de inscripción en el Registro del Mercado de Valores, a la fecha de la publicación en el Registro Oficial de la presente Resolución, se registrarán por normas vigentes a la fecha de la solicitud de inscripción de tales fideicomisos.

TERCERA.- Las Fiduciarias que administren negocios fiduciarios que de acuerdo a lo dispuesto en esta Resolución deben inscribirse en el Registro del Mercado de Valores, deberán solicitar su inscripción, en un plazo máximo de quince días contados desde la vigencia de la presente Resolución.

DISPOSICIÓN FINAL.- La presente resolución entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

COMUNÍQUESE Y PUBLÍQUESE.- Dada y firmada en Quito D.M. a los veinte y un días del mes de agosto del año dos mil trece.

f.) Ab. Suad Manssur Villagrán, Superintendente de Compañías, Presidenta del Consejo Nacional de Valores.

Es fiel copia del original que reposa en los archivos de esta Secretaría.- f.) Marcia Villalva de Gangotena, Secretaria del Consejo Nacional de Valores.

EL CONCEJO MUNICIPAL DEL GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO DEL CANTÓN NANGARITZA

Considerando:

Que, el Art. 35 de la Constitución de la República, establece que las personas adultas mayores... personas con discapacidad... recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado.

Que, el Art. 37 numeral 6 de la Constitución de la República, señala que el Estado garantizará a las personas adultas mayores el derecho a la exoneración del pago por costos notariales y registrales de acuerdo con la ley;

Que, el artículo 47 numeral 4 de la Constitución de la República, reconoce a las personas con discapacidad el derecho a exenciones en el régimen tributario;

Que, el Art. 301 de la Constitución de la República establece que “...solo por acto normativo de órgano competente se podrán establecer, modificar, exonerar y extinguir tasas y contribuciones”; y éstas se crearán y regularán de acuerdo con la ley, disposición que guarda armonía con lo establecido en el Art. 57 literal c) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización;

Que, el Art. 186 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización faculta a los Gobiernos Municipales “Crear, modificar, exonerar o suprimir mediante ordenanzas, tasas, tarifas y contribuciones especiales de mejoras generales o específicas, por el establecimiento o ampliación de servicios públicos y en razón de las obras que ejecuten dentro del ámbito de sus competencias y circunscripción, de conformidad con la regulación para la captación de las plusvalías”;

Que, de sus facultades determinadas en los Arts. 240 y 241 de la Constitución de la República, en concordancia con los artículos 7, 57 literal c) del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.

Expide:

LA ORDENANZA QUE REGULA LAS EXONERACIONES A LOS SERVICIOS REGISTRALES DE LAS PERSONAS ADULTAS MAYORES Y PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL CANTÓN NANGARITZA

Art. 1. Objeto.- La presente Ordenanza tiene por objeto regular y establecer el porcentaje de exoneración por servicios registrales que tienen derecho las personas adultas mayores y personas con discapacidad del cantón Nangaritza.

Art. 2. Beneficiarios.- Son beneficiarios de la presente Ordenanza los adultos mayores y personas con discapacidad, que realicen trámites en el Registro de la Propiedad del Cantón Nangaritza. Para justificar su condición se exigirá a las Personas Discapacitadas, el Carnet del Consejo Nacional de Discapacidades (CONADIS), y a las Personas de la Tercera Edad, la Cédula de Ciudadanía, que acredite su calidad.

Art. 3. Exoneración.- El porcentaje de exoneración al que tendrán derecho las personas adultas mayores y personas con discapacidad es del 50% en el pago de los aranceles en el Registro de la Propiedad del Cantón Nangaritza, de conformidad con la tabla de aranceles vigente a la fecha de la exoneración.

PARA GRADOS ACADÉMICOS DE LICENCIADOS (TERCER NIVEL)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, María Isabel Arboleda Romero, CC. 171687977-8 autora del trabajo de graduación intitulado: INCORPORACIÓN DE NORMAS RESPECTO AL PUNTO DE QUILIBRIO Y A LA TOMA DE DECISIONES EN RELACIÓN AL CONTRATO DE FIDEICOMISO MERCANTIL INMOBILIARIO, PARA ALCANZAR UN CONTROL EFICAZ Y TRANSPARENCIA EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO, previa a la obtención del título de ABOGADA en la Facultad de JURISPRUDENCIA:

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través del sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de la Universidad.

Quito, 12 de Febrero de 2014



FIRMA Y CÉDULA
171687977-8